

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

PANORAMA DA UNIÃO ESTÁVEL NO BRASIL

ADILSON DOS REIS MENDONÇA

FLORIANÓPOLIS (SC), NOVEMBRO DE 2008.

ADILSON DOS REIS MENDONÇA

PANORAMA DA UNIÃO ESTÁVEL NO BRASIL

Monografia apresentada no Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: João Leonel Machado Pereira.

Florianópolis (SC), novembro de 2008.



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada **União Estável no Brasil**, elaborada pelo acadêmico **Adilson dos Reis Mendonça** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com **nota 9 (nove)**, sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis (SC), Novembro de 2008.

João Leonel Machado Pereira (orientador)

Renata Raupp Gomes (membro titular)

Pedro Augusto Lemos Carcereri (membro titular)

A toda a minha família, pelo apoio, compreensão e incentivo. Em especial, aos meus pais, por todo amor e dedicação e por sempre acreditarem em mim, por sempre me apoiarem em minhas escolhas, por realmente, estarem presentes em todos os momentos da minha vida; por me transmitirem muita força e energia para poder concretizar esta etapa da minha vida, pois, sem eles nada disso seria possível.

AGRADECIMENTOS

Eu não teria concluído este trabalho sem a colaboração de muitas pessoas que me ajudaram a trilhar os caminhos para realizar este projeto de vida.

Minha palavra de gratidão vai para todas as pessoas que estiveram direta e indiretamente envolvidas nesta minha pesquisa.

Primeiramente agradeço aos meus queridos pais, Manuel Assunção Lopes Mendonça e Agueda Ribeiro dos Reis Silva, que mesmo distante transmitiram-me muita força e coragem, sem os quais eu não teria chegado aonde eu cheguei.

Aos meus irmãos, pelo carinho e apóio dispensados em todos os momentos de minha vida.

Agradeço também aos meus amigos, pessoas que, de certa forma, de longe ou de perto, contribuíram e ajudaram-me nessa caminhada.

Ao meu orientador, professor João Leonel Machado Pereira, pela dedicação e tempo reservado para auxiliar-me.

Por fim, e não menos importante agradeço a todos aqueles que me deram a oportunidade de aperfeiçoamento profissional: à Universidade Federal de Santa Catarina e aos seus professores, em especial à professora Renata Raupp, que conseguiu fazer com que me apaixonasse pelo Direito de família.

RESUMO

O tema é referente ao que, na nossa história era conhecido por sociedade de fato, união estável, concubinato puro ou por muitos outros nomes. Acontece que o legislador diante da grande incidência do fato sentiu-se obrigado a reconhecer e regulamentar a “entidade familiar”.

No Brasil, desde a Constituição Federal de 1988, o assunto passou a ser tratado de modo mais concreto, vindo depois a contar com a colaboração de outras leis mais específicas (Lei nº 8971/94 e Lei nº 9278/96) sobre o assunto, mas com algumas diferenças entre elas.

O presente trabalho pretende abordar o companheirismo (união estável) no contexto da sua evolução histórica no Direito brasileiro e finalmente tratar dos direitos dos companheiros provenientes da dissolução da união estável.

Palavras-Chave: Entidade familiar. União Estável. Direito dos Companheiros. Direito de Família.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. HISTÓRICO DA UNIÃO ESTÁVEL.....	11
2. BREVE RELATO HISTÓRICO DO CONCUBINATO.....	12
3. CONCEITO DA UNIÃO ESTÁVEL. CONCUBINATO ART. 1727 DO CÓDIGO CIVIL DE.....	15
4. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	18
5. EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO CASAMENTO.....	19
6. ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DA UNIÃO ESTÁVEL.....	21
6.1. DIVERSIDADE DE SEXOS.....	21
6.2. VIDA EM COMUM SOB O MESMO TETO.....	22
6.3. NOTORIEDADE. PUBLICIDADE.....	23
6.4. ESTABILIDADE.....	25
6.5. INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTOS MATRIMONIAL ENTRE OS COMPANHEIROS.....	26
6.6. PROVAS DA UNIÃO ESTÁVEL. CONTRATO.....	28
2. UNIÃO ESTÁVEL E ALIMENTOS ENTRE OS COMPANHEIROS.....	30
2.1. DIREITO A ALIMENTO ANTERIORMENTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988.....	30
2.2. DIREITO A ALIMENTOS APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E ANTES DO NOVO CÓDIGO CIVIL.....	31
2.3. LEI Nº 8971 DE 29 DE DEZEMBRO DE 1994.....	33
2.4. LEI Nº 9278 DE 10 DE MAIO DE 1996.....	36

2.5.	ALIMENTOS PROVISÓRIOS.....	40
2.6.	RELAÇÃO HOMOAFETIVA. DIREITOS.....	41
3.	FORMAS DE DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL E OS DIREITOS DOS COMPANHEIROS.....	46
3.1.	DIREITO DOS CONVIVENTES NA DISSOLUÇÃO POR ATO DE VONTADE.....	46
3.1.1.	Direito à partilha dos bens comuns.....	47
3.1.2.	Direito a alimentos.....	48
3.2.	DIREITO DOS COMPANHEIROS NA DISSOLUÇÃO PELA MORTE.....	50
3.2.1.	Direitos sucessórios.....	50
4.	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	54
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	57

INTRODUÇÃO

Esta monografia tem por objetivo analisar a União Estável no Brasil e ampliar os conhecimentos, na área de direito civil destacando o direito de Família. O tema escolhido é de extrema importância, haja vista que, nos dias de hoje, constata-se ser cada vez mais comum a existência dessa forma de Família, ou seja, a Convivência em uma União Estável.

Para a compreensão do atual *status* das uniões livres (sem matrimônio) no seio da sociedade brasileira, fez-se uma breve retrospectiva histórica do processo de desenvolvimento

das relações fora do casamento, examinando-se as raízes do concubinato no Brasil e os progressos da legislação pátria, passando pela Constituição Federal de 1988, Leis 8971/94 e 9.278/96, até o Novo Código Civil; todos sempre impulsionados pela doutrina e pela jurisprudência e exigidos pela natural evolução das relações sociais.

As uniões informais sempre existiram como outra opção de constituição da família. Durante muito tempo os relacionamentos entre homens e mulheres que não possuíam a aprovação do matrimônio não eram bem vistos pela sociedade, pois eram tidos como pecaminosos e contrários aos ensinamentos da igreja católica.

A necessidade deste exame reside no fato de que o nosso Código Civil, de 1916, só concebia como entidade familiar a união matrimonial (proveniente do casamento civil), no que foi seguido pelas Constituições posteriores, até surgir a Constituição Federal de 1988 que mudou completamente aquela antiga orientação, concebendo atualmente, como entidade familiar, não só a família constituída pelo casamento civil, mas também a “união estável” e a entidade monoparental (constituída por um ascendente, homem ou mulher, e seus descendentes), o que se pode constatar no disposto no art. 226 da Constituição Federal de 1988.

Somente com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a união estável passou a ser reconhecida como entidade familiar, sendo digna de direitos e obrigações.

Mesmo assim, as questões patrimoniais e sucessórias ainda eram difíceis de serem resolvidas, pois apesar da união estável ter sido apreciada pela Constituição Federal, esta não dispôs como solucionar os casos de rompimento dos relacionamentos estáveis, fossem eles por vida ou por morte.

Diante disso, visando um respaldo maior para os direitos dos companheiros foram elaboradas duas leis disciplinando a união estável. A primeira delas foi a lei 8.971/94 que dispôs sobre sucessão e alimentos, porém esta lei não aclarou muito sobre a união estável deixando algumas lacunas que foram supridas pela lei 9.278/96, essa lei tratou da união estável de forma mais ampla do que a lei anterior, incluindo em seu artigo 5º sobre Direito Patrimonial dos Conviventes e em seu artigo 7º sobre Direito real da Habitação.

A presente pesquisa tem como objetivos específicos Estudar o que vem a ser uma União Estável bem como quais seus requisitos e os direitos dos companheiros na dissolução da mesma.

A monografia encontra-se dividida em três capítulos. Para tanto, inicia-se, o primeiro capítulo fazendo uma análise histórica da união estável no Brasil, analisando-se o disposto no artigo 1727 do Código Civil de 2002, a Constituição Federal de 1988, equiparar união estável ao casamento e determinar os elementos característicos da união estável.

No segundo capítulo, será estudado a União Estável e os alimentos entre os companheiros, antes e após a Constituição Federal de 1988. Será feito também, um estudo das Leis nº 8971/94 e 9278/96, dos alimentos provisórios e da relação homoafetiva.

No terceiro e último capítulo, foi dedicado ao estudo das formas de dissolução da União Estável e os direitos dos companheiros, abordando, especificamente, quais os direitos dos companheiros na dissolução por ato da vontade e na dissolução por morte.

O presente trabalho encerra-se com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a União Estável no Brasil.

Para a presente monografia foram levantadas as seguintes hipóteses:

- a) Ocorrendo uma Convivência em União Estável adquire-se o direito a alimentos?
- b) O regime de bens adotado em uma União Estável é o regime de comunhão parcial de bens?

O objeto dessa pesquisa restringiu-se ao direito civil brasileiro. Não foram realizadas comparações com direito civil vigente em outros países.

Utilizou-se o método dedutivo. O procedimento adotado foi o de leitura, análise e consulta bibliográfico.

1. HISTÓRICO DA UNIÃO ESTÁVEL

A união livre entre homem e mulher, na lição de RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, “sempre existiu e sempre existirá”.¹

¹PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato – União Estável. In: _____(Coord.) **Direito de Família Contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 517.

Apresentando-se como uma realidade incontestável, as condenações impostas pela lei e pela sociedade não conseguiram proibir o surgimento de relações sem vínculo legal.

A família moderna, sendo a pedra angular sobre o qual se assenta a sociedade, passou por profundas transformações e reestruturações de base nas últimas décadas, e no centro das mudanças introduzidas na esfera do direito de família, encontram-se uma que se reveste de suma importância e atualidade: a união estável.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, § 3º, “Para efeito da família do Estado, é reconhecido a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

GUILERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA faz uma importante anotação acerca do tema em questão:

Verifica-se que, pela primeira vez na história brasileira, a inserção de espécie de união extramatrimonial na Constituição Federal, reconhecendo expressamente a denominada “união estável” entre um homem e uma mulher como entidade familiar. O art. 226, § 3º, da Carta em vigor, é expresso no reconhecimento de tal união, não sendo demais apontar que a utilização do verbo “reconhecer” já havia se estabelecido, no mundo fático e social, como espécie de família, reparando, o constituinte, um equívoco histórico.²

Desta forma, a família contemporânea modificou-se. O seu principal papel hoje é, antes de tudo, o de apoio afetivo e emocional do indivíduo. Verifica-se, portanto, total reformulação de conceito com relação à noção de família. Em todo mundo, o modelo tradicional de família, aquele que vigorava nos moldes grego-latinos, posteriormente cristãos, vem perdendo terreno para o aparecimento de uma nova família. Família essa que se funda em valores e princípios diversos daqueles que anteriormente regiam as relações de família.³

2. BREVE RELATO HISTÓRICO DO CONCUBINATO PURO E IMPURO.

A união de pessoas de sexos diferentes, fora de casamento não é fato estranho no nosso cotidiano, de fato, sua existência remonta a antiguidade.

² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O Companheirismo: Uma Espécie de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 44.

³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O Companheirismo: Uma Espécie de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais p. 68

A história do concubinato é contada como história de devassidão correspondendo-se o nome concubina à prostituição, à mulher devassa ou aquela que ia para cama com vários homens, ou mesmo à amante, à outra.

Ao longo de toda a história, verificou-se que as uniões fora de matrimônio tiveram o seu tratamento diferenciado, ou seja, teve a sua evolução com o decorrer do tempo.

“Na antiguidade, geralmente, a família era, constituída por meio de celebrações religiosas ou por meio de simples convivência.”⁴

Conforme leciona EDGARD BITTENCOURT, “entre os gregos, a concubinagem não acarretava qualquer desconsideração e era, em certa medida, reconhecida pelas leis”.⁵

Os egípcios admitiram o concubinato adúltero por toda a época antiga, nos mesmos moldes da lei muçulmana, a qual concede aos homens a possibilidade de relacionar-se com até quatro mulheres ao mesmo tempo.

Apesar de menos freqüente que na Grécia, o concubinato adúltero se fazia presente também na Roma antiga, principalmente entre a plebe. Entretanto, o casamento já se fazia a forma predominante de constituição de família.

No baixo império, o concubinato passou a ser encarado como uma forma inferior de casamento, mas lícito. É com os imperadores cristãos que este tipo de união começou a receber reconhecimento jurídico, embora se estimulasse os concubinos a contraírem matrimônio.

Na idade média, praticamente no início dos primeiros séculos, a igreja manteve uma posição mais tolerante perante o concubinato, embora nunca tivesse deixado de condená-lo. Nas palavras de ALVARO VILAÇA AZEVEDO, o direito Canônico, “captou o sentido da realidade social do concubinato, tratando de regulá-lo e de conceder-lhe efeitos, com o critério realista, procurando com isso, assegurar a monogamia e a estabilidade do relacionamento do casal, mas sem ratificá-lo.”⁶

Mesmo com a proibição por parte da Igreja que condenava e discordava do concubinato, estas relações fora dos moldes do casamento imposto pela religião católica

⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **União Estável: antiga forma do casamento de fato** In: Revista dos Tribunais, São Paulo, v 701, mar. 1994, p.6.

⁵ BETTENCOURT, Edgar de Moura. **Concubinato**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1985, p.64.

⁶ Op. cit. p 46.

continuaram a existir, a diferença é que a partir daí os relacionamentos concubinários e as pessoas que neles estavam foram marginalizados, passando a serem mal vistos pela sociedade.

Na idade contemporânea, verificaram-se algumas mudanças. A partir da primeira metade do Século XIX, principalmente na França, os direitos dos companheiros começaram a ser reconhecidos. Essas pretensões eram fundamentadas na tese da existência de sociedade com caráter nitidamente econômico ou na tese de obrigação natural, quando o concubino, rompendo as relações, prometia à concubina certas vantagens.

O autor EDGARD BITTENCOURT aponta como marco doutrinário na defesa das pretensões da concubina o julgado de 18 de dezembro de 1833, do Tribunal de Rennes, França. Diz o seguinte julgado:

Sem nada a reclamar o que se prendesse à vida concubinária, a concubina alegou haver entrado com bens próprios para a formação do acervo do companheiro falecido. Não podendo firmar-se inteiramente na prova por ela apresentada, o Tribunal admitiu os elementos fornecidos como prova supletiva e mandou pagar-lhe a quarta parte dos bens deixados pelo de cujus, a título de serviços prestados e a da contribuição dos seus bens no acervo comum.⁷

Nesse talante, decisões judiciais posteriores prendiam-se ao pressuposto da existência de uma relação comercial entre homem e mulher, à margem do concubinato, sob a égide da proibição do enriquecimento sem causa. Segundo EDGARD BITTENCOURT, a França é a pátria do Direito Concubinário, donde podemos deduzir a importância histórica e a influência dessa posição francesa especialmente sobre o Direito brasileiro.

No Brasil, idêntico a outros países do mundo, o concubinato nunca foi tipificado como crime, visto que a nossa legislação não o regulamentava, mas também não o proibia. Mesmo que essa afirmação possa em algum momento parecer contraditória, constata-se, uma não-proibição, do Estado a esse tipo de relação.

RODRIGO DA CUNHA PEREIRA a respeito anota:

O Brasil nunca tipificou o concubinato como crime, mas também não o regulamentava. Como a família deveria ser calcada no casamento, o relacionamento extramatrimonial não poderia ser reconhecido como família. Importante ressaltar que esta falta de regulamentação não se configura numa repulsa ao concubinato, mas sim na defesa da família legítima formada pelo casamento, apesar de essas relações concubinárias serem marcante como fato social.⁸

No Código Civil de 1916 segue com modelo único de família, aquela constituída pelo casamento, fechada, machista, patriarcal, fortemente hierarquizada. O casamento continua a

⁷ Op. cit. p. 33.

⁸ PEREIRA, 1999 p. 33.

ser a única origem jurídica eficaz de família e somente esta era merecedora de proteção por parte do Estado.

Oportuno destacar que, o Código Civil de 1916, não regulamentou o concubinato nem na sua forma pura, nem na sua forma impura. Simplesmente determinou uma série de sanções a serem aplicadas a estas relações. O texto legal deixa claro a preferência pela família baseada nos valores tradicionais, com o homem exercendo a chefia da sociedade conjugal.

De acordo com as palavras do autor ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, “o Código Civil não regulamentou o concubinato, não o proibiu, mas a ele se refere sempre, procurando defender o instituto do casamento ou reproduzindo sanções da velha legislação”.⁹

A promulgação da Constituição da República de 1988 constitui um marco para o Direito de Família brasileiro.

A redação do artigo 226 desta Carta Constitucional implica na enumeração da família como ente central da tutela constitucional, seja decorrente da União Estável, seja do casamento. Desse modo, cai por terra o dogma segundo o qual o casamento seria a única fonte legítima da família, dando espaço ao reconhecimento de outras entidades familiares, tais como as famílias monoparentais e as constituídas pela união estável.

Admitiu assim, um modelo familiar distinto daquele oriundo do casamento. A “União Estável” passa a ser reconhecida como entidade familiar e com isso lhe restou legada proteção por parte do Estado. Desse modo, pode-se considerar que um relacionamento caracterizado como concubinato puro pode perfeitamente ser considerado uma entidade familiar, caso seja capaz de promover a dignidade e a personalidade dos envolvidos, merecendo assim a proteção do Estado.

3. CONCEITO DA UNIÃO ESTÁVEL. CONCUBINATO DO ART. 1727 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

Preliminarmente, a união entre duas pessoas fora do matrimônio era conhecida na sociedade e no meio jurídico como concubinato.

⁹AZEVEDO, 1986. p. 73.

A questão que se coloca é a seguinte: “a convivência entre um homem e uma mulher, não casados, denomina-se concubinato, união estável ou sociedade de fato?”

Primeiramente, antes de responder a esta questão é importante definir o que se entende por “concubinato”, e posteriormente, analisar acerca de como a doutrina, jurisprudência e legislação, ao longo dos anos, cuidou de denominar e definir a questão supracitada, e não esquecer também de demonstrar qual o entendimento do Novo Código Civil em relação ao assunto.

O termo concubinato é originário do latim: *cubo* proveniente do verbo *cubare* (*cubo, cubas, cubui, cubitum, cubare*), estar deitado na cama. Antecedido da conjunção adverbial *cum* ostenta significado de estar deitado ou na cama com alguém,¹⁰ designando, assim, estado de amasiamento entre homem e mulher, estando intrínseco o relacionamento sexual entre eles.

Nas palavras do autor EDGARD BITTENCOURT, baseado no Dicionário Larousse de Langue Française, o tema é tratado da seguinte forma: *cum* (com) + *cubare* (dormir), significando “o estado de um homem e de uma mulher que vivem juntos, maritalmente, sem serem casados”.¹¹

O “concubinato”, a princípio, pode ser entendido, de modo “genérico”, como toda ligação do homem com a mulher fora do casamento.

De acordo com a classificação do autor EDGARD BITTENCOURT, o concubinato se divide em “puro” e “impuro”. Segundo o autor, o concubinato será puro quando houver uma união de fato entre um homem e uma mulher que podem casar-se, mas, por opção, deixaram de fazê-lo; e será impuro quando houver impedimento legal que impossibilite oficializar a união.¹²

No mesmo sentido, ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO determina que, a palavra concubinato pode ter duplo sentido, denominando concubinato puro e impuro:

Entendemos que deve considerar-se puro o concubinato quando ele se apresenta com os aludidos elementos do conceito expendido, ou seja, como uma união duradoura, sem casamento, entre homem e mulher, constituindo-se a família de fato, sem qualquer detrimento da família legítima. Assim acontece quando se unem, por exemplo, os solteiros, os viúvos, os separados judicialmente ou de fato, por mais de

¹⁰ RIBEIRO, Benedito Silvério. **A Evolução do Direito de Família e as Expectativas para o Futuro**. Revista da Escola Paulista da Magistratura. São Paulo. Associação Paulista de Magistrados, v. 4, ano 2, Nov./jun. 1998, p. 39.

¹¹ BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O Concubinato no Direito**. São Paulo: Leud, 1980; p. 61.

¹² BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O Concubinato no Direito**. São Paulo: Leud, 1980; p.78.

um ano, desde que respeitada outra união concubinária. Tenha-se, por outro lado, o concubinato será impuro se for adulterino, incestuoso ou desleal (relativamente a outra união de fato), como o de um homem casado ou concubina que mantenha, paralelamente ao seu lar, outro de fato.¹³

Desta forma, temos “concubinato puro” quando numa união entre um homem e uma mulher, estes, não são impossibilitados por lei de casarem-se, revestida de índices de moralidade, permanência e notoriedade. É o concubinato puro que se identifica com a “união estável” e, por isso, o que deverá gozar da proteção do Estado, sendo inclusive reconhecida por este como “entidade familiar”.

O Novo Código Civil tratou da matéria em seu artigo 1723: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.¹⁴ Esse conceito não traz a exigência de prazo rígido para a caracterização da união estável. Há que se analisar, diante do caso concreto, se presentes a estabilidade, convivência, ostensibilidade e afetividade da relação. Estabelecer esse prazo rígido implicaria em possibilidade de negar a existência de uma união estável que de fato estaria configurada ou de reconhecer como uniões estáveis relações que, embora duradouras não tenham como finalidade a constituição de família.

Conforme esclarece MARIA HELENA DINIZ, para que se configure a relação concubinária, é mister a presença dos seguintes elementos essenciais: a) Diversidade de sexos; b) ausência de matrimônio civil válido e de impedimento matrimonial entre os conviventes (excepcionado o inciso VI do art. 1521); c) notoriedade de afeições recíprocas; d) honorabilidade, reclamando uma união respeitável entre os parceiros; e) fidelidade ou lealdade entre os amantes; f) coabitação, uma vez que o concubinato deve ter a aparência de casamento, com ressalva à Súmula 382 e h) a colaboração da mulher no sustento do lar.¹⁵

O autor FRANCISCO JOSÉ CAHALI ao escrever sobre a “união estável” mencionou o seguinte: “é o vínculo afetivo entre homem e mulher, como se casado fossem, com as características inerentes ao casamento e a intenção de permanência de vida em comum”.¹⁶

¹³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001; p. 211.

¹⁴ Novo Código Civil.

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 5. Direito de Família. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 336-343.

¹⁶ CAHALI, Francisco José. **União Estável e Alimentos entre Companheiros**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 87 e 88.

Oportuno destacar que simples relacionamentos sexuais, mesmo que reiterados, e a união adulterina não são reconhecidos como união estável, uma vez que lhe faltam os componentes da comunhão de vida, notoriedade em relação à margem da lei as pessoas que assim convivem.

O Novo Código Civil fez uma distinção terminológica entre a união estável e o concubinato, definindo este, no art. 1.727, como sendo “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar”; e aquela no art.1.723 como sendo “a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”;

Essa distinção tem o seu necessário e maior alcance para configurar, em sua integralidade, a união estável, uma vez que esta envolve todas as pessoas aptas ao instituto, que estiverem em união pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituir família, não podendo incorrer nos impedimentos do artigo 1521 do Código Civil, exceto se estiverem casadas, mas separadas de fato ou judicialmente.¹⁷

Sobre o tema, MARIA HELENA DINIZ complementa:

Ter-se-á concubinato impuro ou simplesmente concubinato, nas relações não eventuais em que um dos amantes ou ambos estão comprometidos ou impedidos legalmente de casar. No concubinato há um panorama de clandestinidade que lhe retira o caráter de entidade familiar (Código Civil, art. 1727), visto não poder ser convertido em casamento.¹⁸

4. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Com a Constituição Federal de 1988 foi introduzido no mundo jurídico um novo conceito de direito de família, embora já viva e palpitante em vários diplomas legais anteriores; e implantado, como postulados dogmáticos, inúmeros princípios que a própria evolução do meio social, a doutrina e a jurisprudência já adotavam.

O art. 226 da Constituição Federal trouxe o reconhecimento de entidades familiares não instituídas pelo matrimônio. Sendo assim, além da família oriunda do casamento, passou-se a admitir a “união estável” como entidade familiar e o Estado legou proteção também a “família monoparental”, comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

¹⁷ Art. 1723, *caput* e § 1º do Código Civil.

¹⁸ Op. cit. p. 325.

A redação do art. 226, § 3º da Constituição de 1998 estabelece o seguinte: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

Podemos verificar que a Constituição brasileira, no art. 226, § 3º considerou a união estável como entidade familiar, mostrando que a família continua sendo a base da sociedade, mas que independe de casamento. Entretanto, a Constituição Federal não quis promover uma equiparação entre casamento e união estável; apenas procurou afastar esta figura do direito das obrigações (onde ainda estão as uniões entre pessoas impedidas, ou que não se enquadre ao conceito de família – sociedades de fato) e facilitar sua conversão em casamento, fato este que demonstra a preferência do legislador pelo instituto casamento.

União Estável foi o nome que ganhou o concubinato, que antes da Constituição Federal não surtia efeitos no âmbito do direito familiar, somente no direito obrigacional.

Verifica-se, portanto, que a promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe uma grande evolução no direito de família, tendo o atual texto constitucional retirado a União Estável do limbo da sociedade de fato, para dar-lhe status de entidade familiar, produzindo efeitos independentemente do direito obrigacional.¹⁹

Segundo EDUARDO OLIVEIRA LEITE, a Constituição Federal de 1988 não equiparou a união estável ao casamento. Este continua a ser a célula-mater da família, eis que envolve uma série de formalidades para a sua constituição e desfazimento; aquela seria, mesmo que altamente estável, caracterizada pela liberdade dos conviventes, dispensando qualquer exigência formal para seu desfazimento.

EDUARDO OLIVEIRA LEITE assinala que:

Quando a Constituição se referiu à “união estável” não liquidou a noção de casamento [...] nem, tampouco, pretendeu qualquer equiparação de realidades dicotômicas, conforme se viu; o que a Constituição quis foi implantar uma nova ordem social e familiar que engloba outras formas de conjugalidade, não necessariamente esgotáveis na figura preponderante do casamento civil.²⁰

Assim, criou-se grande discussão em torno da aplicabilidade ou não do § 3º, do art. 226, da Constituição Federal.

MARCO AURÉLIO S. VIANA comenta que:

¹⁹ GOBBO, Edenilza. A tutela constitucional das entidades familiares não fundadas no matrimônio. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 46, out. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=546>>. Acesso em: 21 abr. 2008.

²⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **O Concubinato frente à Nova Constituição**: hesitações e certezas, p. 101.

Com o escopo de dar cumprimento à norma de hierarquia superior (CF/88), foram editadas as Leis números: 8.971, de 29.12.94, e 9.278, de 10.05.96, a primeira, dispondo a respeito do direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, e a segunda, regulando o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Sendo que a última derogou parcialmente a outra, uma vez que a lei 8.971/94 contempla o direito à sucessão, matéria estranha à Lei n. 9.278/96; o que autoriza dizer que a lei 8.971/94 continua em vigor no que tange ao direito sucessório.²¹

Tais normas, no entanto, longe de trazerem orientação pacificadora para o tema em discussão passaram a ensejar interpretações variadas, veiculando-se e sustentando-se, com base nelas, de forma completamente absurda e dissociada de regras básicas de interpretação do direito.

5. EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO CASAMENTO.

De acordo com o disposto no art. 226, § 3º da Constituição Federal, vê-se que união estável e casamento são diferentes, eis que o trecho final do referido parágrafo apregoa que deve a lei facilitar a conversão do primeiro no segundo, ou seja, o Estado deverá prover meios para que os companheiros possam casar-se e tornarem-se cônjuges.

Ora, se a própria Constituição Federal induz sua preferência ao casamento, impondo ao Estado a facilitação na conversão da união estável, é de se concluir que não podem ser considerados como uma só entidade.

Alguns doutrinadores equiparam a união estável ao casamento, fazendo algumas críticas ao primeiro, isto porque o casamento também é uma união estável.

Neste sentido, CARLOS ALBERTO BITTAR, faz a diferença:

Não houve e nem haverá equiparação entre as duas noções, pois diversas, como das regras da hermenêutica jurídica se pode detectar: a) a primeira, de que não lobriga a lei palavras inúteis (ora, a Carta de 1988 usa ‘família, no ‘caput’ no art. 226, e ‘entidade familiar’ nos §§ 3º e 4º); b) a segunda, de que a princípio Constituição faculta sob certas condições, a conversão da relação concubinária em casamento (§ 3º) e, portanto, a convação de ‘entidade familiar’ em família.²²

Ainda diferenciando o casamento da união estável, determina a jurisprudência:

²¹ VIANA, Marco Aurélio S. **Da União Estável**. São Paulo Saraiva, 1999.

²² BITTAR, Carlos Alberto. **O direito civil na constituição de 1988**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. P. 14.

A atual Constituição (...) acabou reconhecendo concretamente o concubinato. Elevando-o uma condição especial – ‘entidade familiar’ – com uma finalidade específica – ‘sua conversão em casamento’, mas de forma alguma igualou ao último. Esta é a posição da jurisprudência (RT nº 656/89, 654/23, 646/52, RJTJSP nº 126/45).²³

Não se confundem, portanto, casamento e união estável, e tanto constituem entidades diferenciadas, repita-se, que se abriu caminho para a conversão desta ao tradicional padrão familiar. E tal diferença tanto mais aflora quando se atenta para sua origem decorrente de uma relação de fato, que, por sua vez, se identifica ao longo do tempo.

No que concerne aos princípios da dignidade humana, da igualdade e da liberdade, em que se baseia ao lado daqueles específicos que dizem respeito ao pluralismo das entidades familiares e à efetividade, restaram também estabelecidas na Constituição Federal de 1988 a igualdade de direitos e deveres entre o homem e a mulher e a redução do prazo para o divórcio, isto é, um ano após a separação judicial e dois anos no caso de comprovada separação de fato. Relevante, igualmente, a possibilidade da dissolução sem culpa do casamento civil (art. 226, § 6º).

Observa-se que no atual Código Civil, o legislador claramente se posicionou no sentido de conferir maior importância ao casamento, estabelecendo normas mais minuciosas sobre esta forma de união do que a União Estável, que foi tratada, de forma geral, somente em cinco artigos do mesmo Código. Ainda, ao se tratar da questão sucessória, somente dois artigos se referem sobre o direito de sucessão hereditária dos companheiros (art. 1.790 e 1.844). E, não bastasse isso, ainda não houve reconhecimento do(a) companheiro(a) na qualidade de herdeiro(a) necessário(a) (artigo 1.845).

6. ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DA UNIÃO ESTÁVEL

A união estável, como forma de constituição da entidade familiar não comporta um rito específico, como se dá com o casamento. É fruto da constatação, ao longo do tempo, da existência de alguns requisitos e elementos caracterizadores para a sua constituição e reconhecimento, que serão avaliados:

²³ FRIGINI, Ronaldo. **O concubinato e a nova ordem constitucional**. In: Repertório de Jurisprudência e doutrina sobre Direito de família: Aspectos Constitucionais, Cíveis e Processuais. (Coord.). Tereza Arruda Alvim Pinto. São Paulo: Saraiva 1993. P 99.

6.1. DIVERSIDADE DE SEXO

O art. 226, 3º da Constituição Federal é expressamente clara ao afirmar que somente o relacionamento entre pessoas de sexo oposto terá proteção do Estado.

A diversidade de sexos tem sido apontada pela lei, com o aval da doutrina e da jurisprudência, como requisito indispensável para a ocorrência da união estável, o que impede falar-se em união entre pessoas do mesmo sexo.

Neste sentido ensina MÁRIO AGUIAR MOURA:

Como imitação natural do casamento, a diversidade de sexo é a característica básica do concubinato (...) só a união entre um homem e uma mulher pode oferecer a posse do estado de casado, criando o verdadeiro *status* concubinário que, na sua forma exterior de aparência, imite o matrimônio.²⁴

No mesmo sentido, RAINER CAZAJKOWSKI coloca que:

Condição se impõe porque duas pessoas do mesmo sexo não podem assumir uma perante a outra as funções de marido e esposa, ou de pai e mãe em face de eventuais filhos. Não se trata em princípio, de perquirir sobre a qualidade física ou psicológica das relações sexuais entre homossexuais, nem emitir sobre tais qualquer julgamento moral.

(...) o primeiro elemento necessário para a caracterização de um ente familiar informal decorrente de uma união livre estável é a dualidade de sexos.²⁵

Mas há quem defenda o reconhecimento imediato de famílias homossexuais, propondo inclusive o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Não foi outra a bandeira levantada pela sexóloga e então Deputada Marta Suplicy, quando defendeu, em polêmico projeto de lei nº 1.115, a legalização do casamento entre homossexuais. O projeto de Lei nº 1151 não defendia o casamento, mas sim o que foi chamado de “parceria civil”.

Colhe-se uma decisão do Tribunal Regional da 4ª Região:

A Turma, por maioria, negou provimento ao apelo e à remessa. Oficial, vencido o Des. Athayde, entendendo não haver método interpretativo de integração do Direito quando não há, como no caso, lacuna não lei, pois esta, ao dizer que tão-somente a

²⁴ MOURA, Mário Aguiar. **Concubinato**. 6. Ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1985. p. 43.

²⁵ CAZAJKOWSKI, Rainer. **União Livre**. Curitiba: Editor Juruá, 1996. p. 27.

união estável é reconhecida entre homem e mulher, está dizendo, eloqüentemente, que não se admite união estável entre pessoas do mesmo sexo.²⁶

Entende-se que este é um requisito essencial para a caracterização de uma União Estável. Visto que está previsto na Constituição Federal e no atual Código Civil.

Quanto à União Estável de pessoas do mesmo sexo a lei silencia. Sendo assim, pode-se afirmar que nesse caso existira uma união de fato.

Porém, nem as leis 8.971/94 e 9.278/96, nem o Código Civil de 2002, abriram ensejo a tal possibilidade, dispondo expressamente que o reconhecimento da entidade familiar, na forma de união estável, era restrito ao relacionamento entre homem e mulher.

6.2. VIDA EM COMUM SOB O MESMO TETO.

De acordo com o disposto na Súmula 382 do STF, “a vida em comum sob o mesmo teto, ‘more uxório’, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

Da mesma forma, não exige a lei específica (Lei nº 9.728/96) a coabitação como requisito essencial para caracterizar a união estável. Na realidade, a convivência sob o mesmo teto pode ser um dos fundamentos a demonstrar a relação comum, mas a sua ausência não afasta, de imediato, a existência da união estável.

Assim coloca a jurisprudência a respeito do assunto:

UNIÃO ESTÁVEL CUMULADA COM ALIMENTOS. REQUISITOS. DESNECESSIDADE DE CONVIVÊNCIA SOB O MESMO TETO. ACERVO FÁTICO PROBATÓRIO QUE JUSTIFICA O RECONHECIMENTO. PENSÃO ALIMENTÍCIA. COMPROVAÇÃO DO BINÔMIO NECESSIDADE - POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS. INCIDÊNCIA SOBRE A CONDENAÇÃO. ART. 20, § 3º, CPC. A moradia sob o mesmo teto não é essencial à caracterização da união estável, já que a Lei nº 9.728/96 não o exige. A convivência sob o mesmo teto pode ser um dos fundamentos a demonstrar a relação comum, mas a sua ausência não afasta, de pronto, o reconhecimento da união estável. Diante da alteração dos costumes, além das profundas mudanças pelas quais tem passado a sociedade, não é raro que cônjuges ou companheiros residam em locais diferentes. O que se mostra indispensável é que a união esteja revestida de estabilidade, ou seja,

²⁶ Tribunal Quarta Região – Apelação Cível nº. 412151 - Processo nº. 200104010273728 – RS - Órgão Julgador: Quarta Turma – Julgado em 17/10/2002 - TRF400086072. Acesso em 28/08/2008.

que tenha a aparência de casamento, e não de uma mera convivência de momento, ou simples conveniência social. PROVIMENTO DO RECURSO ²⁷

O § 3º do artigo 1723 reforça que, a União Estável poderá ser reconhecida entre pessoas separadas judicialmente observando-se que a separação judicial põe fim os deveres de coabitação e fidelidade recíproca, além do regime matrimonial de bens.

6.3. NOTORIEDADE. PUBLICIDADE.

A publicidade de uma relação afetiva *more uxorio* reside na exposição dos companheiros perante o grupo social ou familiar em que vivem, apresentando-se como um casal, partilhando os problemas comuns, prestando auxílio mútuo, moral e materialmente, dispensando-se respeito e afeição. Não caracterizará a união estável, portanto, o relacionamento às ocultas, típico das uniões adulterinas ou censuradas pelo meio social. Não serão elemento de prova para a união estável os encontros casuais, mesmo que para fins de manutenção de relações sexuais, se o casal não ostentar a convivência e, com ela, a existência de um vínculo psicológico e afetivo que os une com a finalidade de constituir um núcleo familiar.

A notoriedade, portanto, não exige que todos saibam do relacionamento, mas sim que muitos saibam, ou pelo menos alguns, que com eles convivam. Os companheiros devem adotar perante a sociedade uma postura de marido e mulher. Deve a sociedade saber que entre os mesmos se configura uma união como se casados fossem o homem e a mulher.

O autor EUCLIDES DE OLIVEIRA ao discorrer sobre tema coloca que:

Afastam-se da configuração legal de entidade familiar, portanto, as relações consistentes em encontros velados, às escondidas, só conhecidos no estrito ambiente doméstico, que sugerem, pela clandestinidade, segredam de vida em comum incompatível com a constituição de uma verdadeira família no meio social.²⁸

A União Estável não será considerada em caso de encontros secretos furtivos, entre os concubinos, mesmo com a prática reiterada de relações sexuais. Por outro lado, não terá

²⁷ Apelação Cível, 2006.001.62621, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Relator: Desembargador Maldonado de Carvalho, julgado em 17/07/2007. Acesso em 28/08/2008.

²⁸ OLIVEIRA, Euclides de. **União Estável: do concubinato ao casamento**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 132.

proteção aos relacionamentos cujos sujeitos vivam na clandestinidade, como no caso do concubinato adúltero.

No mesmo sentido ensina ANA ELIZABETH LAPA WANDERLEY CAVALCANTI:

A Lei n. 9.278/96 e o novo Código Civil (art. 1.723) determinam claramente que a união para ser considerada estável deve ser pública. Isso quer dizer que não podemos considerar uma relação oculta, escondida e, portanto, sem notoriedade como uma entidade familiar.²⁹

Contudo toda União Estável deve ser pública, ou seja, tem que ser perceptível a convivência dos Companheiros.

Da jurisprudência colhe-se:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. A UNIÃO ESTÁVEL, ENTIDADE FAMILIAR QUE É, DEVE REVESTIR-SE DE PUBLICIDADE, NOTORIEDADE E OBJETIVO DE CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA, O QUE NÃO SE ENCONTRA NOS AUTOS, CUJA PROVA EVIDENCIA A EXISTÊNCIA DE UMA RELAÇÃO TIPICAMENTE ADULTERINA, NÃO PROTEGIDA PELO DIREITO. DESPROVERAM O APELO. UNÂNIME.³⁰

Ao falar desse requisito os autores o chamam de notoriedade, justamente pelo fato que a expressão pública pode ser entendida de outra maneira, maneira essa que prejudicaria a privacidade dos Companheiros. Tudo que é público é notório, e nem tudo que é notório é público, conforme disciplina Cavalcanti.³¹

6.4. ESTABILIDADE

A idéia de estabilidade não pode ser concebida *a priori*, mas sim após razoável decurso de tempo, que firme a presunção de seriedade e solidez no compromisso assumido pelo casal. Sua constatação, portanto, dar-se-á em momento posterior ao início do

²⁹ CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. **Casamento e união estável: requisitos e efeitos pessoais**. São Paulo: Manole, 2004. P. 257.

³⁰ TJRS – Apelação Cível nº. 70003945789 – Sétima Câmara Cível – Relator Luiz Felipe Brasil Santos – Julgado em 10/04/2002. Acesso em 29/08/2008.

³¹ Op. cit. p. 129

relacionamento. E se este, por injunções da vida, vier a dissolver-se antes de caracterizada a convivência duradoura e estável, de união estável não se tratou, mas de namoro, ou mera tentativa fracassada de convivência, uma união instável.

O “estável” da união, não se admite para efeitos de União Estável relacionamentos meramente ocasionais e passageiros. Nota-se, portanto, que é necessária continuidade, que não haja interrupção na relação conjugal. Deve-se levar em consideração que simples afastamentos do casal por causa de algum desentendimento, como brigas, por exemplo, com posterior volta ao estado de como se casados fossem, não caracteriza interrupção e nem descaracteriza, portanto, a União Estável. Desta forma, ARNALDO RIZZARDO destaca que:

É evidente que uma união temporária, casual ou passageira não resulta efeito jurídico nenhum. Uma das qualidades mais relevantes da sociedade de fato é a continuidade da vida em comum, embora não esteja condicionada a determinado lapso temporal.³²

Deste modo, a estabilidade está mais ligada à continuidade do relacionamento do que ao tempo da sua duração.

É preciso observar, portanto, que a estabilidade é uma condição que ocorre ao longo de certo tempo, mas que não está unicamente vinculada ao tempo; exige outros fatores comportamentais que independem do tempo de convivência. Assim, se um dos companheiros leva vida desregrada, apresentando-se com outra pessoa publicamente, a intervalos regulares, não se poderá considerar estável a relação afetiva com qualquer delas. Os rompimentos e separações constantes, igualmente, podem ser um fator impeditivo para tal verificação de estabilidade, especialmente quando nos intervalos entre um reatar e outro, um ou ambos desfrutem da liberdade afetiva, ostentando-a em público, reiteradamente.

Segundo SILVIO DE SALVO VENOSA³³ não há implícito na constituição o tempo mínimo de Convivência para que se forme uma União Estável, apesar de ser este um fator muito relevante, e ainda segue nos lecionando que este não é um elemento absoluto, uma vez que já foi entendido pelos tribunais que pode caracterizar uma União Estável o simples nascimento de uma prole.

Sobre o requisito estabilidade encontra-se na jurisprudência:

³² RIZZARDO, Arnaldo. **Casamento e Concubinato – Efeitos Patrimoniais**. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1987, p. 178.

³³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 4 ed. São Paulo Atlas, 2004, p. 55.

UNIÃO ESTÁVEL. DURAÇÃO. DISSOLUÇÃO. COMPROVADA A EXISTÊNCIA DA VIDA EM COMUM POR MAIS DE DOIS ANOS, COMO SE CASADOS FOSSEM, CONFIGURADA FICOU A UNIÃO ESTÁVEL, INEXISTINDO EXIGÊNCIA LEGAL DO LAPSO TEMPORAL MÍNIMO DE CINCO ANOS, COMO SE INFERE DA LEI N. 9.278/96. RECURSO DESPROVIDO.³⁴

Considera-se necessário ao citar esse elemento a falar em no quesito tempo mínimo, porém a lei não nos traz tal informação deixando assim, aos tribunais decidirem.

6.5. INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTOS MATRIMONIAL ENTRE OS COMPANHEIROS.

Ausência de sociedade conjugal ativa e de impedimento matrimonial é requisito do concubinato puro, que se contrapõe ao impuro, adulterino. E é exigido diante do sistema jurídico brasileiro que vigora o princípio monogâmico, a existência da exclusividade, ou seja, que a união estável se dê entre pessoas livres e desimpedidas.

O art. 1723, § 1º, do Código Civil estabelece que a união estável não se constituirá se ocorrerem impedimentos matrimoniais, não se aplicando a incidência do inciso VI do art. 1521, no caso da pessoa casada estar separada de fato ou judicialmente.

Cabe ressaltar que, a legislação atual permite a união estável de pessoas separadas de fato ou judicialmente, e essas pessoas estão impedidas de contrair novo casamento, logo, não poderiam constituir união estável em face do impedimento matrimonial.

Neste sentido, coloca EUCLIDES DE OLIVEIRA:

Justifica-se a extensão da União estável ao separado de fato. Esta situação de ruptura da vida conjugal, prolongada para mais de um ano, constitui motivo para separação judicial sem causa, e, se durar mais de dois anos, fundamento para o divórcio (artigos 5º, § 1º e 40, da Lei nº 6. 515/77). Pela mesma razão, visto que dissolúvel a sociedade conjugal nestas situações, parece claro que já se pode falar em impedimento ao separado de fato para direcionar a constituição de família sob a forma de União estável.³⁵

³⁴ TJRS – Apelação Cível nº. 70002310449 – Sétima Câmara Cível – Relator Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – DOERS 10/4/2001. Acesso em 29/08/2008.

³⁵ OLIVEIRA, Euclides de. **União Estável: do concubinato ao casamento**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 20003, p. 38.

Portanto, todos os impedimentos matrimoniais constituem causas de impedimento da união estável, exceto se um convivente for separado de fato ou judicialmente, ou ambos.

O relacionamento de um homem e de uma mulher em que se encontre presente um ou mais dos impedimentos matrimoniais será considerado concubinato, desde que esse relacionamento não seja eventual, e as relações jurídicas oriundas dele serão solucionadas pela via obrigacional, salvo a exceção acima mencionada em face da expressa previsão legal introduzida pelo Código Civil. É o que estabelece o art. 1.727 do Código Civil.

Neste sentido, SEBASTIÃO AMORIM e EUCLIDES DE OLIVEIRA escrevem:

A garantia constitucional de proteção do Estado não se estende a toda e qualquer espécie de união extraconjugal, (...) O que se entende por 'União Estável? A Constituição não diz, relegando a solução para lei complementar que disponha sobre o modo de conversão da união em casamento. Parecem afastadas, de logo, aquelas situações de simples amasiamento passageiro, especialmente quando envolvam pessoas casadas. Certamente não teria o legislador pretendido a extensão dos benefícios legais em detrimento da família legítima, nem tampouco o incentivo à poligamia. A união protegida seria aquela da vivência de homem e mulher solteiros, separados (judicialmente, ou mesmo de fato), divorciados ou viúvos, na situação de companheiros', com aparência de casamento ('casamento de fato'), conforme já vinha sendo reconhecido pela doutrina e jurisprudência. 'Mais adiante acrescentam: 'A convivência há de ser pública, isto é, de conhecimento do meio social onde vivam os companheiros, o que afasta a configuração de cunho familiar a encontros velados, às escondidas, que sugerem, pela clandestinidade, segredo de vida em comum incompatível com a constituição de uma verdadeira família no meio social. Também se descaracteriza do modelo da União Estável, por força da mesma interpretação, a ligação adulterina de pessoa casada, que ao mesmo tempo mantenha a união legal, uma vez que ordinariamente se procura preservar do conhecimento público o amasiamento, em proteção do lar conjugal.³⁶

Na ocorrência de união entre pessoas que se encontrem nas situações descritas pelo artigo acima descrito o que se tem é concubinato, tal qual o sentido dado pelo artigo 1.727 do Código Civil, e não União Estável.

6.6. PROVA DA UNIÃO ESTÁVEL. CONTRATO.

³⁶ AMORIM e OLIVEIRA, 1997, p. 52.

O novo Código Civil, seu artigo 1.725, assim prevê: “*Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplicam-se as relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens*”.

De acordo com a doutrina, o conteúdo do referido contrato pode ser o mais amplo possível. Por meio dele, podem os conviventes regulamentar os diversos seguimentos da relação de união, “desde que se contenham nos limites de lei especial, das normas de ordem pública, em especial aquelas relativas ao casamento e aos princípios gerais de direito.”³⁷

No mesmo sentido CAHALI destaca que não pode ser objeto de tais contratos “bens a serem recebidos por herança”, pois tal estipulação “encontra óbice na vedação do pacto corvina, prevista no artigo 1.089 do Código Civil (NCC, art. 426), sendo qualquer estipulação, nesse sentido, passível de ser declarada nula”.³⁸

O contrato de convivência para ser válido e surtir efeitos entre aqueles que o pactuam não precisa ser instrumentalizado na forma pública, porque esta exigência não está contida nos termos da lei. Em sendo assim, prevalece a disposição da ampla liberdade da forma.

Porém, essa liberdade de forma assegurada pelo legislador, pode ensejar algumas discussões, em especial, no que diz respeito a eventual direito de terceiro que tenha direta ligação com o patrimônio do casal. A possibilidade de se estabelecer contratos que venham a criar embaraços a direito de terceiros é uma realidade que se impõe. Em eventual discussão de dívida poderia o convivente apresentar contrato que estabelecesse a propriedade exclusiva dos bens do casal àquele que não tenha contraído a obrigação.

Neste sentido deve-se concluir pela liberdade da forma no que tange ao contrato de convivência, sendo ele válido mesmo que pactuado na forma particular, desde que provado por escrito. Porém, a validade das declarações contidas no referido instrumento, devem ser consideradas eficazes somente em relação aos próprios signatários, e não oponível a terceiros, com força erga omnes. Abrir-se-ia assim, ensejo ao terceiro, que se viu prejudicado pelo conteúdo da avença, discuti-la.

A Resolução nº 40 de 14 de agosto de 2007, dispõe sobre os procedimentos de reconhecimento de união estável no âmbito do Conselho Nacional de Justiça da seguinte forma:

³⁷ VIANA, M. A. S. **Da união estável**. São Paulo: Saraiva 1999, p. 50.

³⁸ CAHALI, F. J. **Contrato de Convivência na União Estável**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 204.

A PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições legais, e considerando o disposto no parágrafo 3º do art.226 da Constituição Federal, no parágrafo único do art. 241 da Lei nº 8.112/1990 e na Lei nº 9.278/1996,

RESOLVE:

Art. 1º Para efeito de reconhecimento e registro de união estável, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, considerar-se-á como entidade familiar a convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Art. 2º A comprovação da união estável dar-se-á mediante a apresentação de documento de identidade do dependente e, no mínimo, três dos seguintes instrumentos probantes:

- I - justificação judicial;
- II - declaração pública de coabitação feita perante tabelião;
- III - cópia autenticada de declaração conjunta de imposto de renda;
- IV - disposições testamentárias;
- V - certidão de nascimento de filho em comum;
- VI - certidão/declaração de casamento religioso;
- VII - comprovação de residência em comum;
- VIII - comprovação de financiamento de imóvel em conjunto;
- IX - comprovação de conta bancária conjunta;
- X - apólice de seguro em que conste o(a) companheiro(a) como beneficiário(a);
- XI - qualquer outro elemento que, a critério da Administração, se revele hábil para firmar-se convicção quanto à existência da união de fato.

Art. 3º O(a) servidor(a) deverá apresentar, além do exigido no art. 2º, cópia, acompanhada dos originais, dos documentos da(o) companheira(o) a seguir indicados:

- I - cédula de identidade;
- II - certificado de inscrição no cadastro de pessoas físicas - CPFIMF;
- III - certidão de nascimento.

Art. 4º A união estável será consignada nos assentamentos funcionais do(a) servidor(a) somente se comprovada a inexistência, entre os companheiros, de qualquer impedimento decorrente de outra união, mediante a apresentação de:

- I - certidão de casamento contendo a averbação da sentença do divórcio ou da sentença anulatória, se for o caso;
- II - certidão de óbito do cônjuge, na hipótese de viuvez.

Art. 5º A pensão vitalícia de que tratam os artigos 185, 11, "a" e 217, I, "c", da Lei no 8.112/90 somente será concedida à(ao) companheira(o) do(a) servidor(a) falecido(a) diante de expressa manifestação de vontade neste sentido, consignada no requerimento inicial de reconhecimento da união estável.

Art. 6º A inclusão do(a) companheiro(a) como dependente para efeito de Imposto de Renda dependerá de comprovação da união de fato.

Parágrafo único. Observar-se-á, para efeito da comprovação de que trata o *caput* deste artigo, três dos requisitos listados no art. 2º desta Resolução.

Art. 7º A dissolução da união estável deverá ser formalmente comunicada ao Conselho Nacional de Justiça para fins de registro e demais providências que se fizerem necessárias, concernentes aos benefícios e vantagens eventualmente concedidos ao (à) ex-companheiro(a), sob pena de apuração de responsabilidade administrativa.

Art. 8º Os casos omissos serão resolvidos pelo Secretário-Geral do Conselho Nacional de Justiça.

Art. 9º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

2. UNIÃO ESTÁVEL E ALIMENTOS ENTRE OS COMPANHEIROS

2.1. DIREITO A ALIMENTOS ANTERIORMENTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Antes do advento da Constituição Federal de 1988 não se admitia sequer a discussão acerca da eventual pretensão de alimentos à concubina, mesmo que comprovada a sua necessidade e a União Estável. Somente se admitia a indenização por serviços prestados à mulher que fosse lesada e à partilha dos bens provenientes do esforço comum, tendo em consideração o exposto na Súmula 380 do STF (Supremo Tribunal Federal). Esta questão era considerada como um direito obrigacional, e não como uma prestação alimentar.

O autor BASÍLIO DE OLIVEIRA a respeito anota que:

Antes do advento da nova Constituição inexistia qualquer dúvida em torno da eventual pretensão alimentar por concubina, vez que a orientação esposada pela jurisprudência era de – sistematicamente – declará-la carecedora de ação (na linguagem do Código), por impossibilidade jurídica do pedido, pois, segundo tal entendimento, a obrigação alimentar pressupunha a existência de determinado vínculo familiar não presente nas chamadas uniões livres.³⁹

Sobre o tema complementa o autor dizendo:

Reconhece a jurisprudência tão somente o direito à partilha ou à indenização, por serviços prestados, à concubina, afastando, por decorrência, qualquer insinuação de direito a alimentos. Adota tal orientação sob o argumento de que o concubinato é um estado de fato, insusceptível equiparação ao casamento e só reconhecível no campo jurídico para efeitos restritos, os alimentos o suporte da família de direito e não da família de fato.⁴⁰

Verifica-se, portanto que a ausência de dispositivos legais fez com que maioria de jurisprudências nacionais entendesse que a concubina era carecedora de ação por impossibilidade jurídica de pedido.

No mesmo sentido, YUSSEF SAID CAHALI, citado por FRANCISCO JOSÉ CAHALI, ao tratar do tema escreve:

Antes da CF/88, exauria-se o direito da companheira no simples direito à meação dos bens da sociedade de fato (Súmula 380). A seu turno, a jurisprudência vinha decidindo sistematicamente pela inexistência de obrigação legal de alimentos em

³⁹ OLIVEIRA, Basílio de. **Direito Alimentar e Sucessório entre Companheiros**. Rio de Janeiro: Destaque, 1995. P. 37.

⁴⁰ Idem. Ibidem. P. 37.

favor da companheira: simples concubinato não confere à mulher o direito de pleitear alimentos do amásio; a obrigação alimentar é condicionada por lei às relações de parentesco ou à existência de vínculo conjugal ⁴¹

Por força das Súmulas 380 e 382 do STF (Supremo Tribunal Federal), os companheiros obtiveram o reconhecimento do direito à partilha de haveres pelo esforço comum, e mesmo o fato de morarem em casas separadas não descaracterizava a união estável.

Comprovada a participação direta da companheira nos negócios do companheiro, esta teria direito à partilha. Porém, na hipótese de inexistir tal pressuposto, a companheira poderia apenas pleitear indenização por serviços prestados. Acontece que os pedidos não poderiam ser cumulados e sim alternativos, ou excludentes por si mesmos.

Neste sentido, as uniões terminadas até 4 de outubro de 1988 devem pautar-se pelas Súmulas 380 e 382 do STF (Supremo Tribunal Federal), em face do efeito imediato do texto constitucional. Essas Súmulas regulam o direito dos conviventes nos seguintes termos:

Súmula 380: Comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Súmula 382: A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato.

2.2. DIREITO A ALIMENTOS APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E ANTES DO NOVO CÓDIGO CIVIL.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que em seu art. 226, § 3º, elevou a união estável à qualidade de entidade familiar protegida pelo Estado, criou-se uma grande divergência na jurisprudência e entre os doutrinadores acerca da possibilidade ou não da obrigação alimentar entre os companheiros.

Muitos entendem ter sido instituído o direito de alimentos entre os concubinos, haja vista que a Constituição consagrou juridicamente o concubinato, enquadrando-o como entidade familiar. O dever de alimentos tem como fundamento uma obrigação de caridade e solidariedade familiares, sendo que a Constituição passou a considerar o concubinato como entidade familiar, como forma de família, não há porque este dever de solidariedade não atue igualmente entre os concubinos.

⁴¹ Op. cit. p. 109.

Neste sentido coloca BASÍLIO DE OLIVEIRA:

No atual estágio do nosso Direito, a questão da pensão alimentícia entre concubinos por dissolução da sociedade conjugal de fato (união estável) ainda não é pacífica. Todavia, a partir dos novos postulados constitucionais, vem-se fortalecendo uma corrente doutrinária, à qual nos filiamos, preconizando a admissibilidade de tal direito, ante a prova da existência da união estável configuradora da entidade familiar (CF, art, 226, § 3º e 4º).⁴²

Complementa o autor dizendo que:

(...) nossa posição com relação ao direito alimentar entre os concubinos, desde o início, foi, por conseguinte, no sentido do seu reconhecimento imediato, com fundamento na própria Constituição, não obstante alertando para a necessidade da sua previsão legal, a fim de garanti-lo de forma definitiva e incontroversa.⁴³

No mesmo sentido, ARNALDO MARMITT, citado por JOÃO ROBERTO PARIZATTO estabelece que:

Do jeito como a Constituição Federal expõe a matéria, elevando o concubinato à posição de entidade familiar, considerando-o uma espécie de família, dando-lhe a proteção do Estado e, conseqüentemente, do Poder Judiciário, possibilitou a prestação alimentar entre os concubinos.⁴⁴

Apesar de alguns doutrinadores e algumas decisões dos Tribunais admitirem ter os concubinos direitos a pleitear alimentos quando deles necessitar, após a dissolução da União Estável, amparados pela Constituição Federal que em seu art. 226, § 3º, enquadrou o concubinato como entidade familiar dando-lhe proteção do Estado, a matéria não era pacífica, haja vista que a maioria das decisões era contrária a concessão dos alimentos aos concubinos. Esses entendimentos contrários sustentavam a falta de norma legal expressa.

Sendo assim, o entendimento majoritário dos doutrinadores era que, para haver dever alimentar entre os concubinos, mesmo após a vigência da Constituição Federal de 1988, haveria necessidade de norma expressa que estabelecesse tal dever.

A respeito do assunto, MÁRIO AGUIAR MOURA, citado por J. M. LEONI LOPES DE OLIVEIRA, ensina que: “Embora se enfatize que os alimentos devidos por uma pessoa a outra tenham muito do direito natural, por destinarem-se à sobrevivência física e psíquica do ser humano, o regime de sua obrigatoriedade decorre formalmente da lei”.⁴⁵

⁴² OLIVEIRA, Basílio de. **O Concubinato e a Constituição Atual**. Rio de Janeiro: Ainda, 1993. P. 85

⁴³ Idem. p.19.

⁴⁴ PARIZATTO, João Roberto. **O Direito dos Concubinos a Alimentos e à Sucessão**. Rio de Janeiro: Ainda, 1995. P.62.

⁴⁵ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Alimentos e Sucessão – No Casamento e na União Estável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª Ed, 1996. P.113.

Nesse sentido, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da Ap. Cív. 125.557-1. Des. Costa de Oliveira entendeu inadmissível a concessão de alimentos à concubina, decidindo que:

Concubina. Não faz jus a alimentos. Alimentos é instituto típico do direito parental, ou protectivo, ou entre cônjuges. Fora daí, como no concubinato, somente há doação, em prestações sucessivas ou não. A regra jurídica do art. 226, § 3º, da Constituição da República de 1988, diz respeito a prestações do Estado, não entre os concubinos. E faltam ainda definições. Urge a edição de regra jurídica, em lei. Não se alterou o Direito de Família, e o protectivo, da tradição do Direito brasileiro. Não há o direito da autora-apelante aos alimentos, de parte de que quem inculca por seu ex-concubino. (...) ⁴⁶

Com as controvérsias existentes acerca da prestação alimentar entre companheiros após a Constituição Federal de 1988, seria mais certo levar em consideração a corrente majoritária que entende ser inviável tal prestação, tendo em vista a falta de regulamento legal disciplinando a matéria e por entender que antes somente havia direito a pretensão alimentar em razão de parentesco e do matrimônio, o que não acontece com o concubinato.

Somente em 1994, com a promulgação da Lei n º 8971, é que a matéria começou a tomar os contornos, tal qual conhecemos atualmente. A primeira inovação da mencionada lei foi estabelecer o procedimento ao direito de alimentos e sucessão. Com isso, a união extra matrimonial chamada pela Constituição Federal de 1988 como união estável, passou definitivamente a surtir efeitos como família, equiparando-se, em alguns aspectos, ao casamento.

2.3. LEI Nº 8971 DE 29 DE DEZEMBRO DE 1994.

No influxo do dispositivo constitucional, adveio a Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, como a primeira lei que surgiu com o fim de regulamentar o instituto da “união estável”.

Essa lei passou a disciplinar o direito dos “companheiros” (terminologia utilizada pela mesma) a alimentos e à sucessão, sem definir, contudo, a moldura jurídica do instituto da união estável, o que veio a acontecer posteriormente com a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996.

⁴⁶ RJTJSP, 129/36

O art. 1º, da Lei em questão, estabelece o seguinte:

Art.1º. A companheira de homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de junho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove necessidade.

Parágrafo único. “Igual direito e nas mesmas condições é reconhecida ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

O artigo da lei supramencionado mostra que o legislador preferiu a utilização do vocábulo companheiro/companheira e não procurou definir os requisitos necessários para a configuração da união estável. Estabelece apenas quem pode exercer o direito de alimentos constando, com todas as letras, quais os outros estados de vida solteiro/a, viúvo/a, separado/a judicialmente ou divorciado/a, em que se deve encontrar o pretendente para ser possível o pleito. Nunca, no caso de ser casado.

Pode-se constatar também, que o legislador estabeleceu que a proteção da lei incidisse sobre as relações que houvessem completado mais de cinco anos. Problemas surgiram diante do estabelecimento desse lapso temporal, pois alguns doutrinadores entendiam que os cinco anos citados era o tempo necessário para que se configurasse a união estável entre os companheiros e não o tempo mínimo necessário para que o companheiro(a) tivesse direito à alimentos e à sucessão, entendimento este mais acertado.

Por sua vez, o parágrafo único do art. 1º, determinou que a lei estivesse conforme a Constituição Federal de 1998, em que proíbe qualquer desigualdade de direitos entre o homem e a mulher, ou seja, prestigiou a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres que vigoram também no âmbito do casamento legal, prevista na Constituição Federal⁴⁷.

Ao comentar sobre a reciprocidade de direito alimentar entre os companheiros da união estável, assim se posiciona JOÃO ROBETO PARIZATTO:

Em vista da igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, prevista no art. 5º, inciso I, da Constituição Federal, estabeleceu-se no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8971, de 29/12/94, que: ‘Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva’, prevendo-se que não somente à concubina, mas também ao concubino, sendo o caso e provados os requisitos previstos no mencionado art. 1º, poderá valer-se da ação de alimentos prevista na Lei nº 5.478, de 25/07/68. Sendo assim, o homem pleiteará alimentos contra a mulher, provando sua necessidade e as condições desta de lhe outorgar tais alimentos, pressupondo-se, neste caso, que a mulher está em melhores condições do que o homem. Tal situação, embora de fácil ocorrência, evidentemente poderá se apresentar em determinados casos específicos,

⁴⁷ Art. 5º. Inciso I da CF/88: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.”

amparando-se, assim, a igualdade de direitos e obrigações de ambos os concubinos, como ocorre no casamento.⁴⁸

Cabe ressaltar que a Lei 8.971/94 introduziu o direito aos alimentos entre os companheiros, direito que não se funda no *jus sanguinis*, nem decorre de parentesco. Resulta do dever de assistência material recíproca. Os companheiros devem alimentos recíprocos por força de o chamado dever familiar.

A Lei 8971/94 regulamentou o direito dos companheiros, a saber, o de pleitearem alimentos em caso de necessidade e enquanto não constituíssem nova união, seja ele concubinato ou casamento (art. 1º), o direito à meação e o direito sucessório.

Para ter direito a meação, bastava a comprovação da colaboração do companheiro supérstite na formação do patrimônio comum (art. 3º). Nota-se que a expressão colaboração, inserida pela Lei 8.971/94, era muito mais branda do que aquela exigida pela Súmula 380 do STF (Supremo Tribunal de Federal): esforço comum. Isto porque não era mais necessário que o companheiro sobrevivente provasse a aplicação do capital (bens ou rendimentos) no patrimônio do casal, sendo suficiente a demonstração de que, por exemplo, proporcionava condições para seu consorte auferir rendimentos, cuidando dos filhos e afazeres domésticos.⁴⁹

Neste ponto pode-se afirmar que o legislador de 1994 equiparou o companheiro ao cônjuge casado sob o regime de comunhão universal⁵⁰, pois ele também passou a receber a metade dos bens da herança, mas com um diferencial: a colaboração dos companheiros, ao contrário da dos cônjuges, não era presumida e, portanto, deveria ser provada em cada caso. Além disso, os companheiros não possuíam direito real de habitação concedido ao consorte pelo art. 1.611, § 2º, CC/16.

Cabe salientar que a Lei nº 8971/94 consolidou, além do direito a meação, direitos hereditários aos companheiros, descrito da seguinte forma:

Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do (a) companheiro (a) nas seguintes condições:

I – O (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do *de cujus*, se houver filhos, deste em comum;

⁴⁸ Op. cit. p. 65.

⁴⁹ No dicionário, **esforço** significa emprego de força, energia, vigor (Ferreira, 1979b, p. 491). Já **contribuição** é definida como ação de contribuir, subsídio moral, literal ou científico para algum fim útil (Ferreira, 1979ª, p. 324).

⁵⁰ WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva 2000, p. 223.

II – O (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto de metade dos bens do *de cujus*, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III – Na falta de descendentes e de ascendentes, o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Quanto ao inciso III desse artigo 2º supracitado, SILVIO RODRIGUES⁵¹ faz o seguinte questionamento: poderia o companheiro dispor de todo o seu patrimônio em testamento, ou seria esse ato considerado abusivo? Como o dispositivo citado trata-se do direito à meação, deveriam ser consideradas duas hipóteses: comprovada a contribuição do convivente supérstite na formação do patrimônio comum, os atos do companheiro que viessem a interferir nesta quota de bens deveriam ser anulados. No entanto, inexistindo a este respeito, seria livre a disposição testamentária do falecido, pois, o companheiro sobrevivente não era considerado herdeiro necessário. Em suma: o companheiro poderia dispor da totalidade do seu patrimônio depois de ser descontada a meação do sobrevivente quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

No entanto, cumpre ressaltar que o usufruto concedido pela Lei nº 8.971/94 era uma segurança oferecida ao companheiro supérstite e não uma obrigação, de forma que possuísse outros bens ou condições de sobreviver sem a utilização do patrimônio do companheiro falecido, poderia abrir mão desta prerrogativa.

Ademais, o direito hereditário garantido ao companheiro sobrevivente pela Lei nº 8.971/94, apesar do silêncio da legislação, estava subordinado à condição que, ao tempo da morte do outro, a união estável entre os companheiros estivesse vigente.

2.4. LEI Nº 9.278 DE 10 DE MAIO DE 1996.

Dois anos depois, em 10 de maio de 1996, foi aprovada a Lei nº 9.278, que visava inserir no mundo jurídico um verdadeiro estatuto da entidade familiar, como se pode observar pela leitura de seu cabeçalho, propunha-se a regular o tão polêmico parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988. No entanto, com a sua vigência, observa-se que a norma ficou longe de atingir a seus objetivos.

⁵¹ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva 2001. V.6. p.270.

Como já visto anteriormente, o § 3º do art. 226, da Constituição Federal reconheceu como entidade familiar, a união estável entre o homem e a mulher e até recomendou que fosse facilitada sua conversão em casamento. Trata-se de dispositivo não auto-aplicável, programático, pelo que ficamos esperando alguns anos, até que viesse a regulamentação, o que, finalmente, aconteceu em maio de 1996, pela Lei nº 9.278.

A lei no seu artigo 1º edifica o significado da união estável ao dispor que: "é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família".

A lei optou por mudar a terminologia até então usada por leigos e juristas, "companheira ou concubina" se transformou em "convivente"; união estável é convivência.

Ao definir a entidade familiar, traçou seus requisitos como sendo: a) convivência duradoura, pública e contínua; b) convivência entre um homem e uma mulher; c) convivência com objetivo de constituição de família.

Podemos perceber que houve a omissão quanto ao tempo da convivência e a existência de filhos (previstos no art. 1º, da Lei nº 8.971/94), como fatores determinantes da entidade familiar. Mas, essa omissão não significa que o legislador tenha desprezado o fator tempo como elemento do estado de convivência. Daí porque usou o adjetivo "duradouro". Para aferição daquilo que é duradouro deve-se recorrer a um juízo de avaliação do tempo da convivência, a sua estabilidade.

O art. 2º constituiu-se em uma tentativa de equiparação das uniões estáveis ao casamento. Quase uma cópia do art. 231 do Código Civil brasileiro de 1916, suprimindo a expressão "fidelidade".

É importante notar o que dispõe o teor do inciso II, art. 2º da Lei nº 9278/96: "São direitos e deveres iguais dos conviventes: assistência moral e material recíproco". Portanto, devem os conviventes, dentro de suas possibilidades sócio-econômicas, provirem uns aos outros de amparo emocional, de apoio e de sustento material, que envolve aspectos tais como alimentos, vestuários, habitação e saúde. Enfim, todos os elementos necessários para uma vida digna, até como forma de reiterar o intuito de formação familiar.

O art. 5º dispõe sobre o patrimônio a exemplo das regras do regime da comunhão parcial de bens, como, aliás, veio fazer expressamente, mais tarde, o Novo Código Civil.

Presume-se que os bens adquiridos na constância da união, a título oneroso, pertencem a ambos, porque se deduz que tenham sido adquiridos pelo esforço comum. Entretanto, é importante ressaltar que esse esforço comum é tão-somente uma presunção. Sendo assim, pode-se demonstrar o contrário, ou seja, provar que determinados bens não foram frutos da contribuição de ambos. Está é uma das diferenças básicas entre o casamento e a união estável: nesta é imprescindível o esforço comum (direto ou indireto); naquele não se discute isso.

A Lei 9.278/96, em seu art. 7º, estabelece a continuidade da prestação de assistência material ao convivente que dela necessitar. Assim dispôs: “Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes o sobrevivente terá direito real de habitação enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família” O curioso é que se abre aqui um paradoxo: ao contrário da Lei nº 6515/77, que prevê nos casos de culpa recíproca dos cônjuges que se separam ou divorciam se afasta a questão de alimentos, esta lei da união estável nada prevê a respeito de culpa na dissolução. Ocorre então que o convivente, neste ponto, tem direitos maiores que os de cônjuge regularmente constituído. A solução para o impasse tem dois caminhos doutrinários distintos. Em primeiro lugar, surge a corrente que afirma ser a união estável equiparada com o casamento por comunhão parcial de bens, sendo então aplicada a mesma regra da culpa pela dissolução. Por outro lado, temos a corrente que defende a posição de que a culpa é exigível, se não prevista em lei. A omissão da lei da união estável acerca deste ponto deixa à jurisprudência a função de pacificar a questão, algo que ainda está por vir.

Também, o dispositivo legal que refere-se ao direito real de habitação, descrito isoladamente na Lei nº 9.278/96, não regulamentou os direitos do companheiro (a) sobrevivente na união estável.

Do exposto depreende-se que o direito de habitação pode também ser conferido ao companheiro (a) sobrevivente, mesmo que o falecido tenha morrido quando ainda casado, porém separado judicialmente, levando-se em consideração que a lei não apresentou restrições.

O art. 1º da Lei nº 9.278/96 faz menção à "convivência duradoura". Esse detalhe deve ser sempre levado em consideração. Quando um dos companheiros, autor da herança vem a falecer em estado de casado, poderá coexistir o direito de habitação do companheiro sobrevivente com o direito do usufruto igual do cônjuge. O posicionamento de RAINER CZAJKOWSKI a este respeito é que:

Não se defende, com isso, a noção de família unipessoal. O direito de habitação surge porque família existiu, e o imóvel foi utilizado como seu abrigo. Se o parceiro falecido morava em outro lugar, ou morava também em outro lugar, isso não impede que freqüentasse aquela casa onde o outro parceiro residia. Tem que haver convivência, senão não há união estável. Se com a morte de um dos parceiros, proprietário da casa, a família se dissolveu, repita-se, há direito de habitação porque família existiu. Note-se que o parágrafo único, do art. 7º não se refere a imóvel que vá ser destinado à residência da família.⁵²

Com a nova lei conferindo direito real de habitação aos conviventes, igualou-se de vez o direito sucessório da convivente sobrevivente ao direito sucessório do cônjuge sobrevivente. Assim, o usufruto e o direito real de habitação, são direitos reais conferidos ao cônjuge e ao companheiro.

A Lei nº 9.278/96 em seu art. 7º, parágrafo único, exige que o imóvel objeto do direito real de habitação seja “*destinado à residência da família*”. Portanto, este direito real de habitação somente incidirá sobre o imóvel destinado à residência da família. Consiste este direito real de habitação na utilização gratuita de imóvel alheio, sendo que o titular desse direito deverá residir, com sua família, nesse imóvel, não podendo alugá-lo, emprestá-lo, conforme dispõe o art. 1414 do Novo Código Civil.

O direito real de habitação, a exemplo do direito de usufruto, é direito real sobre coisa alheia, devendo, portanto, incidir sobre o patrimônio deixado pelo convivente falecido, não sobre os do convivente sobrevivente.

O direito real de habitação em favor do convivente (ele ou ela) sobrevivente é temporário. De acordo com o disposto no parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.278/96, o convivente sobrevivente “*(...) terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento (...)*”. Portanto, o direito real de habitação subsiste enquanto o convivente sobrevivente não constituir nova união estável ou casamento. Tal direito também se extinguirá caso o convivente vier a falecer.

2.5. ALIMENTOS PROVISÓRIOS.

O autor ÁUREA PIMENTEL PEREIRA, acerca de alimentos provisórios, assim leciona:

⁵² CZAJKOWSKI, Rainer: *União livre à luz da lei 8971/94 e da lei 9278/96*. Curitiba: Juruá, 1997. p.147.

Os Alimentos provisórios constituem adiantamento de tutela, que o juiz concede no início da ação que há de seguir, a fim de que, nos autos respectivos se decida, afinal, sobre o direito aos Alimentos e sua fixação definitiva.⁵³

Os Alimentos provisórios serão tratados especificadamente através da Lei de Alimentos nº 5.478 de 25 de julho de 1.968. Observa-se o que traz o art. 4º da mesma Lei: *“Ao despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita”*.

Segundo o autor MARCO AURÉLIO S. VIANA, “os Alimentos provisórios têm lugar nas ações de Alimentos regidas pela Lei de Alimentos, art. 4º. Sua fixação é feita sumariamente e sem audiência do devedor, mediante arbitramento do juiz, no próprio despacho da inicial”.⁵⁴

Frente aos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* nos Alimentos provisórios YUSSEF SAID CAHALI escreve que:

Os Alimentos provisórios frente a tais requisitos, na ação especial de Alimentos (Lei nº 5.478/68 art. 4º), o *fumus boni iuris* é condição da própria ação, representado pela prova pré-constituída da relação de Parentesco ou conjugal; e o *periculum in mora* é presumido, quando não dispensados expressamente os alimentos pelo credor: exporá suas necessidades, provando, apenas, o Parentesco ou a Obrigação alimentar do devedor.⁵⁵

Os Alimentos provisórios têm lugar nas ações de Alimentos regidas pela Lei de Alimentos, art. 4º. Sua fixação é feita sumariamente e sem audiência do devedor, mediante arbitramento do juiz, no próprio despacho inicial. Entendemos que o juiz não atua de ofício, dependendo, para conceder a verba, de pedido do interessado.

O juízo competente para a propositura da ação de Alimentos provisórios será o da residência ou domicílio do Alimentando, conforme dispõe o art. 100, inciso II do CPC:

Art. 100 É competente o foro:
[...] II – do domicílio ou da residência do alimentando, para a ação em que se pendem alimentos.

2.6. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. DIREITOS.

⁵³ PEREIRA, Áurea Pimentel: **Alimentos no direito de família e no direito dos companheiros**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 183.

⁵⁴ VIANA, Marco Aurélio S. **Alimentos: Ação de investigação de paternidade e maternidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.p. 174.

⁵⁵ CAHALI, Yussef Said: **Dos alimentos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.p. 890.

A união homoafetiva nada mais é do que a união de duas pessoas do mesmo sexo, apresentando todas as características de um relacionamento, ou seja, um convívio público e duradouro, conceito este que muito se assemelha com a união estável, de acordo com o disposto no artigo 1723 do Código Civil: *“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”*

Desta forma, União Homoafetiva pode ser caracterizada também como união estável entre pessoas do mesmo sexo, pois sua única diferença com a União Estável prevista no artigo supramencionado é a questão dos componentes serem do mesmo sexo.

O artigo 226 da Constituição, ao restringir o reconhecimento da união estável apenas para o relacionamento entre o homem e a mulher, colide e confronta diretamente com o "caput" do artigo 5º da Constituição Federal, o qual garante a igualdade sem nenhuma distinção de qualquer natureza, assegurando, ainda, a inviolabilidade do direito à igualdade e à liberdade, dentre outros direitos da pessoa humana.

Se todos são iguais perante a lei sem qualquer distinção, há de se convir que a união entre pessoas do mesmo sexo é perfeitamente possível. Ademais, a relação afetiva entre duas pessoas é um tema de interesse particular, e não público, logo, o Estado deve proteger e não proibir ou fechar os olhos para tal assunto.

Para se entender como será o processo de reconhecimento da União Homoafetiva é necessário analisar como foi o processo de reconhecimento da União Estável. Tal comparação não é por acaso, pois a União Estável é um tema que se assemelha muito com união homoafetiva não apenas por tratarem do assunto de uniões afetivas, mas também porque o reconhecimento da união estável passou por preconceitos e barreiras similares aos que a união homoafetiva enfrenta atualmente.

Não há como se falar de União Homoafetiva e seu reconhecimento sem esbarrar em inúmeros preconceitos, impostos pela sociedade e também pela igreja, e ao se falar de igreja, faz-se num sentido geral, sem especificar uma religião ou outra.

Em que pese a Constituição atribuir status de entidade familiar apenas à união entre homem mulher, deve-se ressaltar que a mutabilidade ante os acontecimentos da sociedade é uma das características do Direito. Assim cremos que devido ao lapso temporal decorrente entre a promulgação da nossa Constituição e os dias atuais, o Direito deve acompanhar as

mutações ocorridas e assim afastar os preconceitos assegurando compatibilidade entre as leis e os anseios da sociedade.

Alguns doutrinadores e operadores do Direito têm entendido que não tendo a lei excluída expressamente a proteção às uniões homoafetivas temos uma das premissas de Kelsen segunda a qual “tudo que não está explicitamente proibido, está implicitamente permitido”, desta forma podendo-se reconhecer os direitos dos companheiros nas uniões homoafetivas.

Dentre esses direitos podemos citar aqueles decorrentes da Previdência Social, à propriedade, à sucessão em caso de herança, à partilha dos bens adquiridos durante a constância da união e ainda o direito à adoção que muito vem sendo buscado pelos casais homossexuais.

Assim é que atualmente no Brasil vários Tribunais já têm decidido que a união homoafetiva gera direitos semelhantes ao da união estável.

Vejamos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL E CIVIL - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - SÚMULA 282/STF - UNIÃO HOMOAFETIVA - INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA - POSSIBILIDADE - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADA.

Se o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão, não se conhece do recurso especial, à míngua de prequestionamento.

A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica.

O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana.

Para configuração da divergência jurisprudencial é necessário confronto analítico, para evidenciar semelhança e simetria entre os arestos confrontados. Simples transcrição de ementas não basta.⁵⁶

No mesmo sentido têm decidido os Tribunais Estaduais, vejamos:

AÇÃO ORDINÁRIA - UNIÃO HOMOAFETIVA - ANALOGIA COM A UNIÃO ESTÁVEL PROTEGIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - PRINCÍPIO DA IGUALDADE (NÃO-DISCRIMINAÇÃO) E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE DEPENDÊNCIA DE UM PARCEIRO EM RELAÇÃO AO OUTRO, PARA TODOS OS FINS DE DIREITO - REQUISITOS PREENCHIDOS - PEDIDO PROCEDENTE. - À união homoafetiva, que preenche os requisitos da união estável entre casais heterossexuais, deve ser conferido o caráter de entidade familiar, impondo-se reconhecer os direitos decorrentes desse vínculo, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. - O art. 226, da Constituição Federal não pode ser analisado isoladamente, restritivamente, devendo observar-se os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade

⁵⁶ STJ. REsp 238715 / RS. Processo: 1999/0104282-8. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros.3.ª Turma. Julgamento: 07.03.2006. Publicação: DJ 02.10.2006 p. 263. Acesso em 11/09/2008.

da pessoa humana. Referido dispositivo, ao declarar a proteção do Estado à união estável entre o homem e a mulher, não pretendeu excluir dessa proteção a união homoafetiva, até porque, à época em que entrou em vigor a atual Carta Política, há quase 20 anos, não teve o legislador essa preocupação, o que cede espaço para a aplicação analógica da norma a situações atuais, antes não pensadas. - A lacuna existente na legislação não pode servir como obstáculo para o reconhecimento de um direito.⁵⁷

É importante ressaltar que, há uma tendência de se equiparar analogicamente a União Homoafetiva com a União Estável. Com isso, torna-se necessário também vislumbrar o direito aos alimentos para os companheiros homoafetivos.

Apesar dos avanços nessa área do direito de família não há ainda em nosso ordenamento jurídico nenhuma lei que proteja as uniões homoafetivas, contudo sendo o Direito uma ciência social deve sempre atender aos anseios da sociedade, vez que as normas devem adaptar-se aos princípios vigentes na comunidade e não o contrário.

Assim seguindo esse preceito, nossos Tribunais têm avançado no sentido de reconhecer os direitos decorrentes das uniões entre pessoas do mesmo sexo, reconhecendo aos companheiros homossexuais direitos análogos àqueles reconhecidos à união estável.

Em relação à chamada família homoafetiva, já se constatou que é um fato social que vem se perpetuando através dos anos, não mais podendo o Judiciário ignorar a sua existência e tampouco lhe negar a tutela jurisdicional. Tais uniões, embora fujam do modelo tradicional de família, se funda no amor e no afeto, este a mais pura exteriorização do ser, de forma que a sua marginalização se constituiria em afronta aos direitos humanos e, conseqüentemente, aos princípios do respeito à dignidade humana e da igualdade.

Assim, alguns Tribunais vêm fundamentando as suas decisões da seguinte forma:

RELAÇÃO HOMOERÓTICA. UNIÃO ESTÁVEL. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE. ANALOGIA. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO. VISÃO ABRANGENTE DAS ENTIDADES FAMILIARES. REGRAS DE INCLUSÃO. PARTILHA DE BENS. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.723, 1.725 E 1.658 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado

⁵⁷ TJ/MG. Processo: 1.0024.06.930324-6/001. Relator: Heloisa Combat. Julgamento: 22.05.2007. Publicação: 27.07.2007. Acesso em 12/09/2008.

em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas.⁵⁸

A família existe para a satisfação de seus membros e como materialização de uma situação compartilhada por pessoas que vivem juntas, trocando experiências e partilhando de vida em comum. Há a opção pessoal de cada um de unir e partilhar de sentimentos comuns.

Nos meios intelectuais e políticos, vem crescendo a idéia de se legalizarem as uniões homossexuais, tornando-as uniões civis, regularizando-se de vez situações de fato já existentes e de conhecimento público, estabelecendo-se direitos e deveres para os envolvidos.

Cumpre salientar que em 1995, foi à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 1.151, de autoria da então Deputada Federal Marta Suplicy, até hoje em tramitação, em que se pretendia implantar no ordenamento jurídico nacional a união civil entre pessoas do mesmo sexo. Tal união teria a natureza jurídica de um contrato cível, regido por normas comuns a todos os contratos, com repercussão no campo do Direito de Família no que concerne a alguns direitos e deveres dos contraentes.

Embora com traços semelhantes, não visou a autora do projeto equiparar tal instituto ao casamento ou à união estável, objetivando basicamente regularizar os efeitos patrimoniais e sucessórios decorrentes dessas relações, vez que o que se observa hoje é a existência de vários casais homoafetivos vivendo juntos há mais de 10 anos, construindo um patrimônio comum pelo esforço de ambos.

Os direitos patrimoniais que se pretendem regularizar com a legalização das uniões civis entre homossexuais abrangem os relativos a bens, sucessórios e previdenciários, muito embora, hoje, no que tange a esses últimos, já haja reconhecimento jurídico e aplicação na esfera administrativa.

⁵⁸ TJRS – Apelação Cível nº. 70005488812– Sétima Câmara Cível – Relator Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis – Julgado em 25/06/2003. Acesso em 17/09/2008.

3. FORMAS DE DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL E OS DIREITOS DOS COMPANHEIROS.

A dissolução da união estável realiza-se como regra geral pelos seguintes modos distintos: a) morte de um dos conviventes; b) pelo casamento; c) pela vontade das partes; d) pelo rompimento da convivência, seja por abandono ou por quebra dos deveres inerentes à união estável (deslealdade, tentativa de homicídio, sevícia, conduta desonrosa, etc.).

Segundo as palavras de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO “uma União Estável pode ser dissolvida pela morte de um dos conviventes, pelo acordo entre as partes ou até mesmo de fato”⁵⁹.

Obviamente que a dissolução gera consequências e, dentre estas, o dever de alimentos, bem como a guarda dos filhos, além da partilha dos bens, que serão tratados nos próximos tópicos, seja nas condições que a lei estabelece, seja nas condições previamente estipuladas em contrato, no que é pertinente ao acordo de vontade.

3.1. DIREITO DOS COMPANHEIROS NA DISSOLUÇÃO POR ATO DE VONTADE

A dissolução por ato da vontade pode efetivar-se por mútuo acordo ou por iniciativa de qualquer dos companheiros, quando não mais houver interesse na continuidade da convivência.

É claro que a separação de fato é um dos motivos para dissolver qualquer das formas de união de fato, isto quando não haja bens a partilhar. Porém, existido bens comuns, e sem a dissolução litigiosa, é indispensável o ajuizamento de ação declaratória de reconhecimento de união estável cumulado com pedido de partilha de bens.

3.1.1. Direito à partilha dos bens comuns.

⁵⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito de família**. v. 2. 37 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 56.

Quanto ao aspecto da partilha de bens, a Lei 10.406/02 não inovou muito com relação ao que dispunha a Lei 9.278/96, que já regulava a matéria. Contudo ressaltou que, em não havendo contrato escrito, aplicar-se-á a união estável o regime de comunhão parcial de bens.⁶⁰ Tampouco, na urgência da Lei 9.278/96 não mais existe a possibilidade de comprovar ausência de esforço comum com o intuito de negar-se a partilha de bens. Desta forma, havendo bens e inexistindo contrato escrito estipulando regime diverso da comunhão parcial de bens, é lícito ao convivente, na dissolução da união estável, pleitear a metade do patrimônio que tiver sido constituído na constância da união estável. Excluem-se, da partilha, os bens que o convivente falecido tiver adquirido antes da união, os que tiverem adquirido após a união com o produto da alienação desses bens e os que tiverem recebido a título de herança e/ou doação, estes por serem considerados adquiridos por título gratuito ou não oneroso.

Vigindo o regime de comunhão parcial de bens, quer por contrato de convivência quer por omissão deste, instala-se um estado de condomínio nos bens do casal, de modo que ao adquirir bem, mesmo em nome próprio, o cônjuge não é seu titular exclusivo. Ocorre uma presunção *juris et de juri*, salvo se comprovado se tratar de bem comunicável, conforme o disposto nos artigos 1.659 e 1.661 Código Civil.

Segundo MARIA BERENICE DIAS, como na união estável não há obrigação do registro de propriedade no nome de ambos os conviventes, não devendo prejudicar terceiro de boa-fé, ocorrendo alienação de bem de ambos, no desconhecimento de um dos conviventes deve-se resolver a questão com o pedido de indenização ao parceiro⁶¹.

Todavia, nada impede a defesa preventiva de tal alienação através de embargos, conforme o seguinte julgado:

EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO. CONSTRIÇÃO DE IMÓVEL RURAL. BEM DIVISÍVEL. DIREITOS DA MEEIRA. FRAÇÃO IDEAL. Embargos de terceiro visando preservar a meação da embargante. União estável reconhecida. Tratando-se de imóvel passível de divisão cômoda, não se justifica a alienação em sua totalidade. Deve ser preservada a metade ideal do quinhão que pertence ao executado em relação ao imóvel constrito. NULIDADE DA PENHORA E DA FIANÇA. OUTORGA UXÓRIA. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO E DE INTIMAÇÃO. Matérias que não são objeto da decisão agravada. Princípio do duplo grau de jurisdição. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO.⁶²

⁶⁰ Art. 1725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

⁶¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual dos direitos das famílias**. – 4ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 167.

Presume-se que os bens adquiridos na constância da união, a título oneroso, pertencem a ambos, porque se deduz que tenham sido adquiridos pelo esforço comum. Entretanto, é importante ressaltar que esse esforço comum é tão-somente uma presunção. Sendo assim, pode-se demonstrar o contrário, ou seja, provar que determinados bens não foram frutos da contribuição de ambos. Está é uma das diferenças básicas entre o casamento e a união estável: nesta é imprescindível o esforço comum (direto ou indireto); naquele não se discute isso.

Nesse sentido, importa trazer à colocação as palavras de MARCOS BAHENA: “se pode considerar que os direitos dos Companheiros em uma União Estável são os mesmos das pessoas civilmente casadas, afirmando não ter nenhuma diferença”⁶³.

Pode-se concluir que estes efeitos jurídicos gerados pela União Estável são para assegurar direitos e deveres aos Companheiros, uma vez que a União Estável é tratada pela lei como entidade familiar, equiparando-se ao Casamento.

A súmula 380 do STF menciona que: "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum".

3.1.2. Direito a alimentos.

Várias têm sido as conceituações elaboradas pelos juristas ao Instituto dos Alimentos, sendo que todos chegam a um mesmo entendimento, ou seja, Alimentos são tudo aquilo que é necessário a uma pessoa para o seu sustento.

MARIA HELENA DINIZ nos traz a definição de alimentos da seguinte maneira:

[...] Prestações, em dinheiro ou in natura, a serem pagas para atender às necessidades imprescindíveis à vida daquele que, por si, não as pode prover, correspondendo despesas com alimentação, habitação, vestuário, tratamento médico, diversões e, se a pessoa alimentada for menor de idade, ainda verbas para sua instrução e educação.
[...]⁶⁴

Neste mesmo sentido, MARCO AURÉLIO S. VIANA, assevera que:

⁶² TJRS – Agravo de Instrumento nº. 70021385935 – Décima Nona Câmara Cível – Relator: José Francisco Pellegrini – Julgado em 03/06/2008. Acesso em 18/09/2008.

⁶³ BAHENA, Marcos. Alimentos e União Estável À Luz da Nova Lei Civil. 4 ed. São Paulo: J. H. Mizuno – EPP, 2003. p. 119.

⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. v. 1. São Paulo: Saraiva 1998. p. 170.

Em linguagem jurídica, Alimentos constituem as prestações em dinheiro ou em espécie, fornecidas por uma pessoa a outra para que ela possa viver. Eles envolvem tudo aquilo que o ser humano necessita para sua sobrevivência e para sua preparação para a vida. O seu conteúdo abarca, assim, o necessário à subsistência, os denominados alimentos naturais, aqui incluído alimentação, vestuário, habilitação, e os alimentos civis, que contempla o necessário à instrução e educação.⁶⁵

A lei nº. 9.278/96, em seu art. 7º estipula que: *“uma vez dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nessa Lei será prestada por um dos conviventes, ao que dela necessitar, a título de alimentos”*.

O alimento é obrigatório a filhos menores, porém esses alimentos não são devidos somente quando existem filhos durante a Convivência, ou seja, qualquer um dos Companheiros pode entrar com o pedido de alimentos, verificando-se qual deles possui necessidade para tal.

O Código Civil em seu art. 1.694 e seus §§ dispõem:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

No caso de filhos menores, desde que comprovada a União Estável pode o Companheiro entrar com o pedido de alimentos, sendo que, se não cumprido pelo alimentante pode levar este a prisão civil, conforme estabelece a Constituição Federal no seu art. 5, LXVII, transcrevendo que: *“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”*.

Com ênfase na obrigação alimentar, prescreve o art. 1.695 do Código Civil:

Art. 1695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Pode-se dizer que é dever dos Companheiros fornecer alimentos a filhos menores havido durante a União Estável, bem como prestar alimentos um ao outro levando em consideração que o Companheiro que não possui condições de se mantê-lo deverá ser o alimentado.

⁶⁵ VIANA, Marco Aurélio S. **Alimentos: Ação de investigação de paternidade e maternidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 102.

3.2. DIREITO DOS COMPANHEIROS NA DISSOLUÇÃO PELA MORTE

A morte, como costuma acontecer com o casamento e vários outros atos jurídicos, também dá por finda a união ou o casamento de fato, sem, no entanto, produzir os mesmos efeitos do casamento formal ou de direito.

Portanto, somente no tocante às relações havidas como estáveis é que o art. 1790 do Código Civil veio assegurar, por efeito da morte de um dos companheiros, direitos sucessórios ao companheiro sobrevivente, conforme será destacado mais adiante.

3.2.1. Direitos sucessórios.

O direito sucessório dos companheiros foi reconhecido apenas com a edição da Lei nº 8971/94. Assim estabeleceu a referida Lei que os conviventes participariam da sucessão do (a) companheiro (a) em determinadas condições constantes em seu art. 2º, *in verbis*:

I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns;

II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Com a aprovação da Lei n. 8.971/94, muitos entenderam que a partir de então seria melhor não se casar e viver em união estável, uma vez que os companheiros passaram a ter mais direitos que os casados. Porém, tal entendimento constitui-se em um grande equívoco. O que essa lei quis foi apenas conceder direito sucessório aos companheiros, corrigindo injustiças e equiparando-os nesse sentido aos casados, como já começava a delinear algumas jurisprudências.

Cabe destacar que os dois primeiros incisos deste artigo tratam do usufruto vidual, independente da situação econômica do companheiro ou de que tenha concorrido para a formação do patrimônio, salvo os bens havidos anteriormente à união estável, que são comunicáveis neste caso.

Sobre o assunto CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA ensina que, “prevalece enquanto durar a viuvez, vale dizer, cessará de pleno direito em casando de novo o cônjuge sobrevive, e não se restabelece mais, pelo desquite ou viuvez”.⁶⁶

Por outro lado, o terceiro inciso determinou por arrolar o convivente ao lado do cônjuge da ordem da vocação hereditária. Prescreve o referente inciso que quando houver bens sucessíveis e não houver ascendente nem descendente, herdará o convivente, mesmo porque é insignificante no aludido caso o regime de bens adotado e a efetiva participação na formação do patrimônio comum.

CLAUDIA GRIECO TABOSA PESSOA apresentou a seguinte diferença entre usufruto vidual e a herança, dizendo que, “usufruto é temporário e condicional e a herança é perpétua”.⁶⁷

Estipulou o art. 3º que, quando os bens deixados pelo (a) autor (a) de a herança resultarem de atividade em que haja colaboração do (a) companheiro (a) terá o sobrevivente direito à metade da herança.

Convém distinguir sucessão de meação, dos artigos 2º e 3º da respectiva Lei nº 8971/94. A meação, instituto de Direito de Família, refere-se ao regime de bens, “trata-se de hipótese que põe termo ao estado de indivisão em que se encontravam os bens adquiridos na constância do concubinato, com esforço conjunto de ambas as partes”⁶⁸. Por sua vez, a sucessão independe do regime de bens. É deferida ao cônjuge ou companheiro por força de seu *status* de consorte, os bens pertenciam ao *de cujus*, sendo-lhe deferida a título de transmissão gratuita *causa mortis*.

É importante destacar que a Lei nº 9.278/96 não tratou da questão sucessória. A referida Lei em seu artigo 7º parágrafo único conferiu ao companheiro o direito real de

⁶⁶ PERREIRA, Caio Mário da Silva. **Concubinato: moderna conceituação**. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. 5 v. São Paulo: Saraiva, 1993, pag 229.

⁶⁷ PESSOA, Claudia Grieco Tabosa. **Efeitos Patrimoniais do Concubinato**. São Paulo: Saraiva. 1997, p, 229.

⁶⁸ Idem, p. 236.

habitação, em condições muito aparecidas com as dos cônjuges, complementando o disposto na Lei nº 8.971/94.

Por outro lado, o Novo Código Civil não tratou muito bem os direitos sucessórios dos companheiros. Tratou de maneira absolutamente desigual os cônjuges e os companheiros, o que, como visto não se admite no regime constitucional vigente.

No que diz respeito à partilha dos bens em decorrência da morte de um dos companheiros, o novo Código Civil em seu art. 1.790 estabeleceu que o mesmo participará da sucessão do outro, no tocante aos bens adquiridos onerosamente na constância da convivência. O companheiro sobrevivente somente terá direito à totalidade da herança do companheiro falecido na hipótese de inexistência de descendentes e de ascendentes. Todavia, ainda que exista descendentes e ascendentes, o companheiro participará na sucessão do companheiro falecido, relativamente aos bens adquiridos na vigência da união estável, nas seguintes condições:

Art. 1790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns terá direito a uma cota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

O Novo Código Civil Brasileiro fez significativa alteração. A respeito da sucessão na união estável, foram duas as mais significativas modificações em relação às duas leis anteriores. Primeiro, os bens sucessíveis serão apenas os adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Segundo, a herança será dividida, concorrendo com parentes do falecido.

Apesar desta benéfica alteração, o legislador deixou de prever expressamente, a inclusão dos conviventes supérstite na classe de herdeiros obrigatórios, ou seja herdeiros necessários, uma vez que garantirá a eles, como se evidencia no art. 1.790 do Código Civil atual, a concorrência com os filhos do *de cujus*; na falta dos filhos, com os ascendentes; e, na ausência de ambos, o total recolhimento da herança. Esta ordem de vocação, especialmente

nas hipóteses de abertura da sucessão na vigência da união estável, é muito semelhante à ordem de vocação do cônjuge supérstite, não havendo razões para que as condições do cônjuge e do convivente não fossem equiparadas também na proteção da esposa legítima, o que seria o ideal, devido às disposições constitucionais que se referem à equivalência entre o matrimônio e a união estável.

Enquanto o cônjuge sobrevivente é herdeiro necessário, com posição privilegiada, pois concorre em certos casos com os ascendentes e os descendentes do *de cujus*, o companheiro continua como herdeiro facultativo e só terá direito à totalidade da herança se não houver colaterais sucessíveis (art. 1790, IV, do Código Civil).

Também, o Novo Código Civil não estabelece o direito real de habitação que foi previsto pela lei 9.278/96, devendo-se ter o dispositivo do art. 7º, parágrafo único da referida Lei como não revogada.

Desta feita, afirma SILVIO RODRIGUES:

[...] como o direito real de habitação, relativamente ao imóvel destina à residência da família, foi previsto em lei especial (Lei nº 9278/96, art. 7º, parágrafo único), e como esse benefício não é incompatível com qualquer artigo do Novo Código Civil, uma corrente poderá argumentar que ele não foi revogado, e subsiste.⁶⁹

Com relação à sucessão do convivente em concorrência com os descendentes, observa-se evidentemente o distinto tratamento dado a essa sucessão concorrente, pois foram aplicadas distintas imposições matemáticas, como por exemplo, se os descendentes eram filhos do convivente supérstite com o convivente falecido, ou se eram descendentes somente do autor da herança⁷⁰, fazendo-o herdar a mesma parcela deferida aos filhos comuns e metade da parcela que cabe aos descendentes exclusivos do *de cujus*.

Conferiu, portanto, um tratamento preferencial ao convivente sobrevivente, no que se refere à concorrência com filhos comuns a ele e ao *de cujus*.

⁶⁹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito da Sucessões**. V.7. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva 2002. P. 119.

⁷⁰ Art. 1790, I e II do Novo Código Civil.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Existirá união estável quando houver união de homem e mulher, ambos livres e desimpedidos, para o fim de constituir família, convivendo como se casados fossem por um lapso temporal juridicamente razoável, ininterrupto e não clandestino, concebendo entre eles direitos e deveres de respeito e consideração mútuos; assistência moral e material recíproco; guarda sustento e educação dos filhos comuns. Esta mesma união poderá, a qualquer tempo, ser desfeita, seja pela vontade de ambos os companheiros, seja pela vontade unilateral quando o outro descumprir seus deveres da convivência, seja, enfim, pela superveniência do evento morte.

Do exposto, podemos concluir que avanços fantásticos ocorreram na legislação brasileira no que se refere ao Direito de Família, principalmente quanto ao que se entende, atualmente, por entidade familiar.

Avanços importantes podem citar em relação à união entre um homem e uma mulher não casados, como por exemplo: o reconhecimento da união estável como entidade familiar, merecendo proteção do Estado; a presunção relativa de serem comuns os bens adquiridos a título oneroso durante a união estável; o tratamento da matéria pela Vara de Família; a imposição da obrigação de prestar alimentos ao convivente que dele necessitar etc.

A união estável entre o homem e a mulher é reconhecida pelo novo Código Civil como “entidade familiar”. A lei estabelece o regime de comunhão parcial de bens para essas relações. Isso significa que todos os bens comprados durante a união devem ser partilhados entre os companheiros. Só estão isentos da divisão os bens adquiridos por meio de herança ou de doação.

Pode afirmar que não existe mais a definição legal de que a união estável somente se configura após cinco anos de convivência ou quando houver filhos do casal. Assim, a caracterização da união é subjetiva e depende de análise específica. Contrariamente à antiga Lei de União Estável, que exigia o prazo mínimo de convivência de cinco (05) anos para o seu reconhecimento, o Novo Código Civil, em seu artigo 1723, deixou de definir o tempo necessário para que haja o seu reconhecimento.

Hoje, uma relação de apenas poucos meses, pode ser reconhecida como União Estável, desde que atenda aos requisitos necessários que são: configurar-se em convivência pública, contínua e duradoura e ser estabelecida com o objetivo de constituição de família. O tempo não mais impera, bastará a comprovação dos requisitos expostos para que haja o reconhecimento do direito. Todavia, é de se presumir que a existência de prole constituirá em requisito importante para redução do tempo de convivência.

Neste termo, permite-se razoavelmente admitir como prova da existência da relação *more uxório* e do lapso temporal, além de testemunhas, a demonstração da residência comum, conta bancária conjunta e prova de um ser dependente do outro junto à identidade previdenciária, clube social, ou plano de saúde, dentre outros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001.

----- **Estatuto da família de fato**. 2 ed. São Paulo: Atlas. 2002.

----- **União Estável: antiga forma do casamento de fato** In: Revista dos Tribunais, São Paulo, v 701, mar. 1994.

BAHENA, Marcos. **Alimentos e União Estável À Luz da Nova Lei Civil**. 4 ed. São Paulo: J. H. Mizuno – EPP, 2003.

BITTAR, Calos Alberto. **O direito civil na constituição de 1988**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O Concubinato no Direito**. São Paulo: Leud, 1980.

----- **Concubinato**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1985.

BRASIL. **Código Civil**. 10 ed. São Paulo: Saraiva 2004.

BRASIL, Constituição Federal de 1988. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

CAHALI, Francisco José. **União Estável e Alimentos entre Companheiros**. São Paulo: Saraiva, 1996.

----- **Contrato de Convivência na União Estável**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. **Casamento e união estável: requisitos e efeitos pessoais**. São Paulo: Manole, 2004.

CZAJKOWSKI, Rainer. **União Livre**. Curitiba: Editora Juruá, 1996.

DIAS, Maria Berenice. **Manual dos direitos das famílias**. – 4ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 5. Direito de Família. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

----- **Dicionário Jurídico**. v. 1. São Paulo: Saraiva 1998.

FRIGINI, Ronaldo. **O concubinato e a nova ordem constitucional**. In: Repertório de Jurisprudência e doutrina sobre Direito de família: Aspectos Constitucionais, Cíveis e Processuais. (Coord.). Tereza Arruda Alvim Pinto. São Paulo: Saraiva 1993.

FIUZA, Ricardo (Coord). **Novo Código Civil Comentado**. 3 ed: Saraiva, 2004.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O Companheirismo: Uma Espécie de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GOBBO, Edenilza. A tutela constitucional das entidades familiares não fundadas no matrimônio. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 46, out. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=546>>. Acesso em: 21 abr. 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito de família**. v. 2. 37 ed. São Paulo: Saraiva 2004.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de família**. Campinas: Boockseller, 2001. 3. V.

NEGÃO, Theotônio. **Código Civil e legislação em vigor**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva 2003.

NERY, JR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo Código Civil e Legislação extravagante anotado**. São Paulo, RT. 2002.

OLIVEIRA, Basílio de. **Direito Alimentar e Sucessório entre Companheiros**. Rio de Janeiro: Destaque, 1995.

-----, **O Concubinato e a Constituição Atual**. Rio de Janeiro: Ainda, 1993.

OLIVEIRA, Euclides de. **União Estável: do concubinato ao casamento**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Alimentos e Sucessão – No Casamento e na União Estável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª Ed, 1996.

PARIZATTO, João Roberto. **O Direito dos Concubinos a Alimentos e à Sucessão**. Rio de Janeiro: Aide. 1995.

PEREIRA, Áurea Pimentel: **Alimentos no direito de família e no direito dos companheiros**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

PERREIRA, Caio Mário da Silva. **Concubinato: moderna conceituação**. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. 5 v. São Paulo: Saraiva, 1993.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva 2001.

-----, **Direito Civil: Direito da Sucessões**. V.7. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva 2002.

-----, **Direito civil, direito das sucessões**. Atual por Zeno Veloso. 25. Ed. São Paulo: Saraiva 2002. V. 7.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **A Evolução do Direito de Família e as Expectativas para o Futuro**. Revista da Escola Paulista da Magistratura. São Paulo. Associação Paulista de Magistrados, v. 4, ano 2, Nov./jun. 1998.

RIZZARDO, Arnaldo. **Casamento e Concubinato – Efeitos Patrimoniais**. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1987.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 4 ed. São Paulo Atlas, 2004

VIANA, Marco Aurélio S. **Da União Estável**. São Paulo Saraiva, 1999.

-----, **Alimentos: Ação de investigação de paternidade e maternidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva 2000.